

Der Wesensgehalt der Grundrechte

D i s s e r t a t i o n ,
vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der
Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

Ernst ~~Z~~ i v i e r
Referendar in Berlin

1960

Druck:

Ernst - Reuter - Gesellschaft
der Förderer und Freunde der Freien Universität e.V.

Dissertations - Druckstelle

Berlin-Dahlem, Garystr. 46, Tel.: 76 52 61, App. 608

Der Wesensgehalt der Grundrechte

D i s s e r t a t i o n ,
vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der
Johannes Gutenberg-Universität in Mainz



von
Ernst Z i v i e r
Referendar in Berlin

Berichterstatter:

1. Professor Dr. Peter S c h n e i d e r
2. Professor Dr. Hubert A r m b r u s t e r

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juli 1960



Artikel 1. Zielsetzung

1. Das Vertragsziel besteht darin:
2. Die Parteien zu verpflichten, die in der Anlage 1 aufgeführten Leistungen zu erbringen.
3. Die Parteien zu verpflichten, die in der Anlage 2 aufgeführten Leistungen zu erbringen.
4. Die Parteien zu verpflichten, die in der Anlage 3 aufgeführten Leistungen zu erbringen.
5. Die Parteien zu verpflichten, die in der Anlage 4 aufgeführten Leistungen zu erbringen.

Artikel 2. Inhalt des Vertragsverhältnisses

1. Das Vertragsverhältnis besteht aus:
2. **Meinen Eltern**

- 1) Die Vertragspartei, die die in der Anlage 1 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
- 2) Die Vertragspartei, die die in der Anlage 2 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
- 3) Die Vertragspartei, die die in der Anlage 3 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
- 4) Die Vertragspartei, die die in der Anlage 4 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
5. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 5 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
6. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 6 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
7. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 7 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
8. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 8 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
9. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 9 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
10. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 10 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
11. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 11 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
12. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 12 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
13. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 13 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
14. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 14 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
15. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 15 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
16. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 16 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
17. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 17 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
18. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 18 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
19. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 19 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.
20. Die Vertragspartei, die die in der Anlage 20 aufgeführten Leistungen zu erbringen wird.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
<u>Erster Teil:</u> Einleitung	
I. Der Gegenstand der Arbeit	1
II. Wortlaut und geschichtliche Entwicklung der Art. 19 II	1
A. Der Wortlaut des Art.19 II als verfas- sungsgeschichtliches Novum	1
B. Parallelvorschriften in deutschen Länder- verfassungen der Nachkriegszeit	2
C. Die Entwicklung der Vorschrift in den Motiven zum Bonner Grundgesetz	2
III. Die Problematik des Art. 19 II	3
<u>Zweiter Teil:</u> Stand der Rechtsprechung und Lehre zu Art. 19 II	4
I. Das Schutzobjekt des Art. 19 II	4
A. Einleitung	4
1) Die Fragestellung des Bundesver- fassungsgerichts	4
2) Die Fragestellung in der Formulie- rung Kleins	4
3) "Individualtheorie" und "reine Sozialtheorie"	5
B. Die Hauptpositionen	5
1) Das Bundesverfassungsgericht	5
2) Ansichten, die die Individualtheorie als selbstverständlich voraussetzen	5
a. Zippelius	5
b. Herb.Krüger	6
c. Das Bundesverwaltungsgericht und der Bundesgerichtshof in Zivil- sachen	6
d. Dürig	7
3) Die Ansicht Kleins	7
a. Beispiele für "Individualtheorie" und "reine Sozialtheorie"	7

α)	BGH 16 S.71 als Beispiel für die "Individualtheorie"	7
β)	BVerf.G 2, S.284 als Beispiel für die "reine Sozialtheorie"	7
b.	Entscheidung für die "reine Sozialtheorie"	8
c.	Begründung dieser Theorie	8
α)	Die Bedeutung der Eingangsformel "In keinem Fall"	8
β)	Argumente aus der systematischen Interpretationsmethode	8
γ)	Argumente aus der teleologischen Interpretationsmethode	8
δ)	Die "reine Sozialtheorie" und Kleins Ansicht zur Frage des grundrechtseinschränkenden Ermessens	9
II.	Die Definition des Wesensgehalts	10
A.	Einleitung	10
B.	Der Wesensgehalt als relative Größe	10
1)	Die ständige Rechtsprechung des BGHZ (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)	10
2)	Jerusalem	11
C.	Der Wesensgehalt als absolute Größe	12
1)	Überwiegende Ablehnung der BGH-Theorie	12
2)	Argumente der herrschenden Lehre	13
3)	Die Versuche, den Wesensgehalt als absolute Größe zu definieren	14
a.	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	14
α)	Die Formel des Bundesverwaltungsgerichts	14
β)	Anwendungsfälle	14
b.	Abgrenzung des Wesensgehalts nach formellen Gesichtspunkten	15
c.	Die Ansicht Herb. Krügers	16
α)	Der Ausgangspunkt	16
β)	Formelle Gesichtspunkte	17
γ)	Die materielle Abgrenzung des Wesensgehalts	17

	<u>Seite</u>
αα) nach quantitativen Gesichtspunkten	18
BB) nach dem verfassungspolitischen Zweck des Grundrechts	18
d. Das Bundesverfassungsgericht	18
e. Die Ansicht Kleins	18
α) Der Ausgangspunkt	18
β) Verletzung des Wesensgehalts durch sachlich-inhaltliche Grundrechtseinschränkungen	19
γ) Verletzung des Wesensgehalts durch Einschränkung des rechtstatsächlich-personellen Geltens	20
δ) Grundrechtsbeschränkendes Behördenermessen	20
f. Die Ansicht Dürigs	20
α) Der Ausgangspunkt: Art.I Abs.1 GG	20
β) Die Formel Dürigs	21
γ) Anwendungsfälle:	21
αα) Einflußlosigkeit des Grundrechtsträgers	21
BB) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	21
γγ) Grundrechtsbeschränkendes Behördenermessen	22
δ) Andere Gesichtspunkte	22
g. Wernicke im Bonner Kommentar	22
h. Hamann	23
i. BGHZ 16, S.80	24
III. Die rechtstheoretische und rechtspraktische Bedeutung des Art. 19 II in der Sicht von Rechtslehre und Rechtsprechung	24
A. Die rechtstheoretische Bedeutung	24
1) Die Ansicht, daß Art. 19 II eine Selbstverständlichkeit normiere (Klein)	24
2) Andere Ansichten	25
a. Der Bundesgerichtshof	25
b. Hamann	25

	<u>Seite</u>
B. Die rechtspraktische Bedeutung	26
1) Die Bedeutung für den Gesetzgeber	26
a. Grundsätzliche Übereinstimmung	26
b. Normenerhaltende Interpretation	26
c. Die abweichende Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts	27
d. Die Ansicht Dürigs	29
2) Die Bedeutung für Exekutive und Rechtsprechung	29
a. Nach Klein	29
b. Nach Dürig	29
3) Beschränkung auf einfache (nicht verfassungsändernde) Regelungen	30
4) Beschränkung auf nachkonstitutionelle Staatsakte nach Klein	30
<u>Dritter Teil:</u> Versuch einer Interpretation des Art. 19 II	30
I. Einleitung des dritten Teils: Der verfassungspolitische Zweck des Art. 19 II	30
A. Bedeutung für die Interpretation	30
B. Kein Anhaltspunkt in den Motiven zum Bonner Grundgesetz	31
C. Anknüpfungspunkt: Die verfassungsgeschichtliche Situation Nachkriegsdeutschlands	32
1) Die unbedingte Geltung der Grundrechte gegenüber allen Zweigen der Staatsgewalt (Art. 1 Abs. III)	32
2) Der Spielraum der grundrechtsbeschränkenden Staatsgewalt	33
3) Die Grenze des gesetzgeberischen Ermessens: Das grundrechtliche Regel-Ausnahme-Verhältnis muß bestehen bleiben	34
4) Verfassungstechnische Mittel, dies zu gewährleisten	35
5) Art. 19 II als Generalklausel zum Schutz des grundrechtlichen Regel-Ausnahme-Verhältnisses	36
II. Das Schutzobjekt des Art. 19 II	36
A. Auseinandersetzung mit den Argumenten Kleins	36

1)	Die Argumente aus der systematischen Interpretationsmethode	37
a.	Die positiven Argumente	37
b.	Die Gegenargumente	37
α)	Die Bedeutungslosigkeit einer Verbindung von Art. 19 II mit Art. 19 Abs. I Satz 1	37
β)	Die Bedeutungslosigkeit der Tatsache, daß Art. 19 Abs. I nur den Gesetzgeber bindet	38
γ)	Andere systematische Gesichtspunkte	39
2)	Die Argumente aus der teleologischen Interpretationsmethode	39
a.	Die positiven Argumente und Beispiele	39
b.	Die Gegenargumente	39
α)	Eine Einzelpersonengarantie wäre nicht unbedingt eine Einzelfallgarantie	39
β)	Die teleologischen Argumente wären nur stichhaltig, wenn der Wesensgehalt der Grundrechte nach quantitativen Gesichtspunkten zu bemessen wäre	40
γ)	Das grundrechtliche Regel-Ausnahme-Verhältnis und die Beispiele Kleins	41
B.	Die Formel des Bundesverfassungsgerichts	42
C.	Begründung der Individualtheorie	43
1)	Argumente für die Individualtheorie	43
a.	Hauptzweck der Grundrechte ist Schutz der Individuals sphäre	43
b.	Die Grundrechte sollen auch die Freiheit der "Außenseiter" garantieren	44
c.	Die soziale Bedeutung eines Grundrechts ist von seiner Bedeutung für den einzelnen nicht zu trennen	45
2)	Entscheidung für die Individualtheorie	46
III.	Die Abgrenzung des Wesensgehalts	46

	<u>Seite</u>
A. Die Definition des Wortes "Wesensgehalt"	46
1) Die Notwendigkeit einer Definition	46
2) Zweifel an der Möglichkeit, den Wesensgehalt materiell zu bestimmen	47
3) Das Wort "Wesen" im allgemeinen Sprachgebrauch	47
4) Der Wesensbegriff in der Fachsprache der Juristen	48
5) Der Wesensbegriff in der Fachsprache der Philosophie	49
a. Die verschiedenen Bedeutungen im Bereich der Philosophie	50
b. Zusammenstellung der Definitionen	52
6) Auswahl der Definition, die für die Interpretation des Art. 19 II verwendbar ist	53
a. Die Fragestellung	53
b. Ablehnung des metaphysischen und des phänomenologischen Wesensbegriffs	54
c. Entscheidung für den logischen Wesensbegriff	
7) Die Möglichkeit, den Wesensgehalt mit den Mitteln der juristischen Interpretation materiell abzugrenzen	57
a. Die Zweifel an dieser Möglichkeit	57
b. Die Bedeutung des Wortes "Wesensschau"	57
α) in der Phänomenologie Husserls	57
β) in der allgemeinen Erkenntnislehre	58
c. Die Unmöglichkeit einer rein intuitiven Verfassungsinterpretation	59
d. Die Zurückführung aller abgeleiteten Erkenntnisse auf bestimmte nicht ableitbare Grunderkenntnisse	59
e. Die nicht ableitbaren Grunderkenntnisse der Jurisprudenz	60
8) Die Definition des Wesensgehalts	60
a. Beschränkung auf einschränkbare Grundrechte	60

	<u>Seite</u>
b. Ausschaltung quantitativer Gesichtspunkte	60
α) Ihre Unbrauchbarkeit, soweit sie das subjektive Einzelgrundrecht betreffen	61
β) Ihre Unbrauchbarkeit, soweit sie das soziale Gelten der Grundrechtsnorm betreffen	61
c. Die generelle Unbrauchbarkeit quantitativer Gesichtspunkte	62
d. Der Wesensgehalt der Grundrechte als ihr Garantiegehalt	63
e. Erneute Abgrenzung von der "reinen Sozialtheorie"	63
B. Anwendungsfälle des Art. 19 II, die sich unmittelbar aus dem Garantiebegriff ergeben	64
1) Zurückstellung der Frage, was die einzelnen Grundrechte garantieren	64
2) Inhalt des Garantiebegriffs	64
a. Durchsetzbarkeit und Voraussehbarkeit	64
b. Das Erfordernis der Durchsetzbarkeit im einzelnen	64
c. Das Erfordernis der Voraussehbarkeit im einzelnen	65
α) Die Notwendigkeit einer klaren Grenzziehung	65
β) Das Verbot rückwirkender Grundrechtsbeschränkungen	66
γ) Das Verbot unklarer Vorschriften	
δ) Die Unzulässigkeit grundrechtseinschränkenden Behördenermessens	69
ε) Beschränkte Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe	70
C. Die materielle Abgrenzung des Garantiegehalts	71
1. Die Notwendigkeit einer materiellen Abgrenzung	71
2. Die Abgrenzung durch sinngemäße Interpretation der Grundrechtsnormen	72
a. Der Garantiegehalt ist nicht Restbestand	72

b.	Die Möglichkeit, den Garantiegehalt durch sinngemäße Interpretation zu bestimmen	73
c.	Mögliche Einwendungen hiergegen	73
3)	Die Unmöglichkeit, einen Generalnenner für den Garantiegehalt der Grundrechte zu finden	74
a.	Der Versuch Dürigs	74
b.	Verzicht auf einen solchen Versuch	75
4)	Die Methoden der sinngemäßen Interpretation	75
a.	Grundrechtssatz und Vorbehaltssatz als Einheit	75
b.	Die sinngemäße Interpretation des Grundrechtssatzes	76
c.	Die sinngemäße Interpretation des Vorbehaltssatzes	77
d.	Das Verhältnis von Grundrechtssatz und Vorbehaltssatz (Verhältnismäßigkeitsprinzip)	78
e.	Übereinstimmung mit den Methoden des Bundesverfassungsgerichts in seiner Grundsatzentscheidung zu Art. 12 GG	80
IV.	Die rechtstheoretische und rechtspraktische Bedeutung des Art. 19 II	83
A.	Die rechtstheoretische Bedeutung	83
1)	Die Selbstverständlichkeit des in Art. 19 II enthaltenen Befehls	83
2)	Die Bedeutung des Art. 19 Abs. II als unmißverständlicher Schutznorm	84
3)	Die Bedeutung des Art. 19 II für überpositive Grundrechte	84
B.	Die rechtspraktische Bedeutung	85
1)	Bedeutung für alle Zweige der Staatsgewalt	85
2)	Bedeutung für den Gesetzgeber	85
a.	Bindung des Gesetzgebers durch Art. 19 II	85
b.	Nichtigkeit von Gesetzen, die gegen Art. 19 II verstoßen	86
c.	Keine Relativierung durch immanente Grundrechtsschranken	86

3.	Bedeutung für die <i>gesetz</i> esanwendenden Zweige der Staatsgewalt	87
a.	Falsche Auslegung von Grundrechten	87
b.	Falsche Auslegung <i>grundrechtsbe-</i> <i>schränkender</i> Gesetze	87
c.	Kein Dispensanspruch unmittelbar aus Art. 19 II	88
4.	Keine Bedeutung für die verfassungs- ändernde Staatsgewalt	88

Verzeichnis der benutzten Literatur

Kommentare zum Grundgesetz:

- von Mangoldt : Das Bonner Grundgesetz
Verlag Franz Vahlen G.m.b.H.
Berlin und Frankfurt a.M. 1953
- von Mangoldt : Das Bonner Grundgesetz
Zweite neubearbeitete und vermehrte Auflage von
- Klein (von Mangoldt-Klein)
Verlag Franz Vahlen G.m.b.H.
Berlin und Frankfurt a.M. 1957
- Hamann : Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom
23. Mai 1949
Hermann-Luchterhand-Verlag
Berlin-Neuwied-Darmstadt 1956
- Bonner Kommentar : Hansischer Gildenverlag 1950

Staatsrechtliche Lehrbücher:

- Maunz : Deutsches Staatsrecht
C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München und Berlin 1954

Sonstige Kommentare und Lehrbücher:

- Drews-Wacke : Allgemeines Polizeirecht,
18.-20. Tausend
Carl Heymanns Verlag
Berlin-Köln-München 1952
- Enneccerus : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs
bearbeitet von
- Nipperdey (Enneccerus-Nipperdey)
J.C. B. Mohr (Paul Siebeck)
Tübingen
15.Aufl. 1959 (erster Halbband)
und 14. Aufl. 1955 (zweiter Halbband)

- Lehmann :** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuchs
7. Aufl.
Walter de Gruyter & Co
Berlin 1952
- Staudinger :** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch,
11. Aufl.
J. Schreiter Verlag
Berlin 1957
- Aufsätze :**
- Krüger, Herb. :** Der Wesensgehalt der Grundrechte
nach Art. 19 II GG
Die öffentliche Verwaltung 1955,
S. 597 ff.
- Dürig :** Der Grundrechtssatz von der Men-
schenwürde
Archiv für öffentliches Recht,
Bd. 81, S. 117 ff.
- Dürig :** Art. 2 des Grundgesetzes und die
Generalmächtigung zu allgemein-
polizeilichen Maßnahmen
Archiv für öffentliches Recht,
Bd. 79, S. 57 ff.
- Jerusalem :** Die Grundrechte des BGG und ihre
Durchsetzung in der Rechtsprechung
Süddeutsche Juristenzeitung 1950
S. 1 f.
- Zippelius :** Das Verbot übermäßiger gesetzlicher
Beschränkung von Grundrechten
DVBl. 1956 S. 353 ff.

Rechtsphilosophische Lehrbücher:

- Verdross :** Abendländische Rechtsphilosophie
Springer Verlag
Wien 1958
- Larenz :** Rechts- und Staatsphilosophie der
Gegenwart
2. Aufl.
Junker & Dünnhaupt
Berlin 1935

Rechtsphilosophische Monographien:

- Schreier : Grundbegriffe und Grundformen
des Rechts
Deuticke
Leipzig und Wien 1924
- Kaufmann, Felix : Logik und Rechtswissenschaft
J.C.B. Mohr
Tübingen 1924
- Reinach : Zur Phänomenologie des Rechts
2.Aufl.
Kösel Verlag
München 1953

Philosophische Wörterbücher und Lexika :

- Philosophisches Wörterbuch be-
gründet von
Heinrich Schmidt
13. neubearbeitete Auflage von
Justus Stellner
Alfred Kröner-Verlag
Stuttgart 1955
- Hoffmeister : Wörterbuch der philosophischen
Begriffe
Verlag Felix Meiner, Hamburg 1955
- Metzke : Handlexikon der Philosophie
T.H.Kenle Verlag
Heidelberg 1948
- Eisler : Wörterbuch der philosophischen
Begriffe
Verlag Mittler & Sohn
Berlin 1930
- Philosophen-Lexikon: Herausgegeben von Ziegenfuß
W. de Gruyter & Co
Berlin 1949
- Lehrbücher der Logik:
- Honnecker : Logik
Ferd. Dümmlers Verlag
Berlin und Bonn 1927
- Ziehen : Lehrbuch der Logik
A. Markus und E.Webers Verlag
Bonn 1920

Erster Teil: E i n l e i t u n g

I. Das Bonner Grundgesetz enthält in seinem ersten Abschnitt zwei Vorschriften, in denen die Stellung umrissen ist, die den Grundrechten im Rechts- und Verfassungsleben zukommt. Die beiden Normen, Art. 1 und Art. 19, rahmen den Grundrechtskatalog gewissermaßen ein.

Art. 1 spricht den Grundsatz von der Menschenwürde als Leitprinzip des Grundrechtsteils aus und bekennt sich zu den Grundrechten als überpositiven, d.h. der staatlichen Disposition entzogenen, subjektiven öffentlichen Rechten. In seinem dritten Absatz enthält Art.1 über dieses grundsätzliche Bekenntnis hinaus die Aktualisierung der Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht, das alle Zweige der Staatsgewalt, also insbesondere auch die Gesetzgebung, bindet.

In Art. 19 wird die bindende Wirkung der Grundrechte ausgestaltet und gesichert. Abs. IV garantiert ihre Durchsetzbarkeit im Rechtswege, die Absätze I und II erlegen der Staatsgewalt, soweit diese zum Eingriff in die Grundrechte ermächtigt ist, Beschränkungen auf. Die Vorschrift des Abs.II bildet den Gegenstand dieser Arbeit.

II. A. Art. 19 Abs.II schreibt vor, daß in keinem Fall ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf. Derartige Generalklauseln zum Schutz der Grundrechte finden sich in der deutschen Verfassungsgeschichte zum ersten Mal nach dem zweiten Weltkrieg¹⁾.

Es handelt sich also um ein verfassungsrechtliches Novum. Es muß aber erwähnt werden, daß der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, ohne daß in der Weimarer Reichsverfassung eine analoge Vorschrift bestand, zu einem Ergebnis gekommen ist, das, wie K l e i n richtig festgestellt hat²⁾, dem Sinn des Art. 19 II entspricht. Es handelt sich

1) Auch in ausländischen Verfassungen ist mir keine entsprechende Vorschrift bekannt. Vgl. auch Dürig in AÖR B 81 S.117 (136) Anm. 42.

2) von Mangoldt-Klein V 2 d zu Art. 19 B 1 S.556

allerdings nicht um ein Grundrecht, sondern um die Institution der Gemeindeselbstverwaltung, die nach den Ausführungen des Staatsgerichtshofs durch die Landesgesetzgebung nicht so weit beschränkt werden darf, daß sie ausgehöhlt¹⁾ wird und die Fähigkeit zu kraftvoller Betätigung verliert.

B. Eine dem Art. 19 II entsprechende Norm erscheint zum ersten Mal in Art. 63 Abs. I der Hessischen Verfassung von 1946, wo vorgeschrieben ist, daß die Einschränkung eines Grundrechts oder seine nähere Ausgestaltung durch Gesetz "das Grundrecht als solches" unberührt lassen muß. Gleichen Sinn hat Art. 23 Abs. II der Berliner Verfassung von 1950. Hier geht die Formulierung dahin, daß Grundrechtseinschränkungen nur insoweit zulässig sind, als sie nicht den Grundgedanken eines Grundrechts verletzen. Die "Verfassung der DDR" enthält in Art. 49 eine Vorschrift, deren Wortlaut dem Art. 63 Abs. I der Hessischen Verfassung entlehnt ist.

C. Im Hohenchiemseer Entwurf war ebenfalls eine Formulierung vorgesehen, die dem Wortlaut des Art. 63 Abs. I der Hessischen Verfassung entsprach. Art. 21 Abs. I Satz 3 des H.Ch.E. forderte, daß die Einschränkung oder nähere Ausgestaltung eines Grundrechts das Grundrecht als solches unangetastet lassen müsse.

Ogleich der Parlamentarische Rat den in Art. 21 Abs. I Satz 1 H.Ch.E. vorgesehenen allgemeinen Gesetzesvorbehalt beseitigte, hielt er es für erforderlich, eine dem Art. 21 Abs. I Satz 3 entsprechende Vorschrift beizubehalten. In der 6. Sitzung des Grundsatz-Ausschusses²⁾ führt von M a n g o l d t aus :

"Wir haben immer in allen Artikeln gesagt, dieses Grundrecht steht im Rahmen der Gemeinschaftsinteressen, und zum Schutz dieser Gemeinschaftsinteressen ist nun in einer gewissen Konkretisierung die Möglichkeit gegeben, durch Gesetz in diese Freiheit einzugreifen."

Es mußte daher nach seiner Ansicht zum Ausdruck gebracht werden, daß diese Gesetzgebung niemals so weit gehen dür-

1) RGZ 126 Anhang S. 22.

2) vom 7.10.48. Vgl. Jahrbuch d. öffentl. Rechts Neue Folge Bd. 1 S.177 f.

fe, daß sie das Grundrecht in seinem Bestand angreift.

In der 8. Sitzung des Grundsatzausschusses¹⁾ äußert von M a n g o l d t die Ansicht, daß Art. 21 Abs.I Satz 3 H.Ch.E., nach dem in die Substanz eines Grundrechts nicht eingegriffen werden solle, durch die bisherige Formulierung noch nicht gedeckt sei. Die Vorschrift Art. 20 Abs.2 des damaligen Entwurfs erhielt daraufhin folgende Fassung:

"Soweit nach den Bestimmungen dieses Grundgesetzes ein Grundrecht eingeschränkt werden kann, darf es in seinem Wesensgehalt nicht angetastet werden."

In seiner endgültigen Fassung wurde Art. 19 II dann nach der 18. Sitzung des Hauptausschusses²⁾ vom Redaktionsausschuß vorgelegt. Die Formulierung des Grundsatzausschusses wurde im zweiten Halbsatz übernommen, während der erste Halbsatz durch die Eingangsformel "in keinem Fall" ersetzt wurde.

III. Zur Interpretation des Art. 19 II sind von Literatur und Praxis verschiedene Ansätze gemacht worden, die zum Teil zu widersprechenden Ergebnissen geführt haben.

Hierbei konzentrierte man sich zunächst auf die Auslegung des juristisch schwer zu handhabenden Begriffs "Wesensgehalt". Das Ausgangsproblem, ob Art.19 II das subjektive Grundrecht des einzelnen oder die objektive Grundrechtsnorm im Wesensgehalt schützt, wurde zwar am Anfang der Diskussion vom Bundesverfassungsgericht gestellt,³⁾ aber erst von K l e i n in der Bearbeitung des von M a n g o l d t schon Kommentars wieder aufgegriffen.⁴⁾

Die vorliegende Arbeit will sich nicht auf die Definition des Begriffs "Wesensgehalt" beschränken. Sie will versuchen, Art. 19 II zu interpretieren.

Hierbei wird sie zunächst als Ausgangsproblem die Frage zu beantworten haben, ob Art.19 II die objektive Grundrechtsnorm oder das subjektiv-öffentliche Einzelgrundrecht schützt. Sie wird sodann versuchen müssen, eine richtige und praktisch verwendbare Definition des Begriffs "We-

1) vom 7.10.1948 a.a.O.

2) vom 4.12.1948 a.a.O. S. 178

3) B.Verf. G. 2 S. 284 ff.

4) von Mangoldt-Klein V 2 a-c zu Art. 19, B 1 S. 554 f.

sensgehalt" zu finden und festzustellen, wann er angetastet ist. Schließlich wird sie die rechtspraktische Bedeutung des Art. 19 II zu ermitteln haben: Es muß festgestellt werden, was für Staatsakte gegen Art. 19 II verstoßen können und was die Folgen eines solchen Verstoßes sind.

Zweiter Teil : Stand der Rechtsprechung und Lehre zu
 Art. 19 II

Zunächst soll die rechtswissenschaftliche Diskussion über Art. 19 II in ihrem gegenwärtigen Stand zusammengefaßt werden.

I. A. 1) Ausgangsproblem bei der Interpretation des Art. 19 II ist die Frage, ob die Vorschrift eine Sozial- oder eine Individualgarantie enthält, ob sie das subjektive Einzelgrundrecht oder die objektive Grundrechtsnorm schützt. In der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts¹⁾ lautet die Frage: " ... ob Art. 19 II die völlige Entziehung eines Grundrechts im Einzelfalle verbiete oder nur verhindern wolle, daß der Wesenskern eines Grundrechts als solchem, z.B. durch Wegfall der im Grundrecht enthaltenen, der Allgemeinheit gegebenen Garantie, angetastet wird".

2) K l e i n ²⁾ hat die Frage folgendermaßen formuliert: "Ist Grundrecht im Sinne des Abs.II nur das subjektiv-öffentliche Recht des Einzelnen, oder ist es die Grundrechtsbestimmung ...? Schützt Abs. II die konkrete Durchsetzbarkeit eines Substanz-Minimums an Berechtigung des Einzelnen oder schützt es nur ein Substanz-Minimum an Geltung der Grundrechtsbestimmung? Soll Abs.II bewirken, daß das von der Einschränkung betroffene Individuum mit seinem subjektiv-öffentlichen Verfassungsrecht noch etwas anfangen kann, oder soll er nur verhindern, daß das Gelten einer Grundrechtsbestimmung so gemindert wird, daß sie für alle

1) B.Verf.G. 2 S. 284 ff.

2) von Mangoldt-Klein V 2 a zu Art. 19, B 1 S.554.

Individuen oder auch nur für einen großen Teil von ihnen oder überhaupt für das soziale Leben bedeutungslos wird?"

3) Dieses Problem haben bisher nur Klein und das Bundesverfassungsgericht ausführlich erörtert. Die von Klein vertretene Ansicht, daß Art. 19 II nur die Grundrechtsnorm in ihrer sozialen Bedeutung schütze, wird im folgenden kurz als "reine Sozialtheorie", die entgegengesetzte Ansicht als "Individualtheorie" bezeichnet werden.

B 1) Das Bundesverfassungsgericht gibt in der oben angeführten Entscheidung keine endgültige Stellungnahme zu Art. 19 II ab, da in dem ihm vorliegenden Fall der Wesensgehalt eines Grundrechts ganz offensichtlich nicht angetastet war. Nachdem es das Problem formuliert hat, führt das Bundesverfassungsgericht aus, daß für die Feststellung, ob der Wesensgehalt angetastet sei, "das zu regelnde Lebensverhältnis, die tatsächlich getroffene Regelung und die gesellschaftliche Anschauung hierüber" maßgeblich sein dürften, "sowie das rechtlich geläuterte Urteil über die Bedeutung, die das Grundrecht nach der getroffenen „Einschränkung noch für das soziale Leben im Ganzen besitzt.

Ob in dieser Formulierung, wie Klein annimmt¹⁾, ein Bekenntnis des BVerfG zur "reinen Sozialtheorie" zu sehen ist, wird später zu prüfen sein.

2) Die übrige Literatur und Rechtsprechung ist durchweg davon ausgegangen, daß Art. 19 II sowohl das subjektiv-öffentliche Recht als auch die Norm in ihrer sozialen Bedeutung schützt.

a. Z i p p e l i u s ²⁾ berührt im Zusammenhang mit Art. 19 II zwar die - heute nicht mehr problematische - Frage, ob die Grundrechte überhaupt als subjektive öffentliche Rechte anzusehen sind. Er kommt zu dem zutreffenden Ergebnis, daß es sich um subjektive Rechte handelt, die sich aus einer objektiven Rechtsnorm ergeben; nachdem er dies festgestellt hat, geht er ohne weiteres

1) von Mangoldt-Klein V 2 b zu Art. 19. B. 1 S.554 f.

2) In DVBl. 56, S.353 ff.

davon aus, daß Art. 19 II auch das subjektive Recht des einzelnen schützen will.

b. Herb. Krüger will die Frage, ob der Wesensgehalt eines Grundrechts angetastet ist, zum Teil nach sogenannten "quantitativen Gesichtspunkten" beurteilen. Er will berücksichtigen, wie viele Möglichkeiten zur Grundrechtsausübung dem Bürger, also dem einzelnen Grundrechtsträger, nach der getroffenen Einschränkung noch verbleiben; es soll aber auch auf die Zahl der Grundrechtsträger ankommen, die von dem Grundrecht noch Gebrauch machen können - also auf die soziale Bedeutung der Grundrechtsnorm¹⁾.

Neben den quantitativen Gesichtspunkten will Krüger auch berücksichtigen, ob das Grundrecht nach der Einschränkung noch seinem verfassungspolitischen Sinn gerecht wird, ob es den Zweck, um dessentwillen die Freiheit gewährt wird, noch erfüllt. Insoweit scheint sich seine Theorie der "reinen Sozialtheorie" anzunähern; Krüger verweist in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich auf die Formel des Bundesverfassungsgerichts von der Bedeutung, die das Grundrecht nach der getroffenen Einschränkung noch für das soziale Leben hat²⁾. Es darf aber nicht übersehen werden, daß für Krüger die soziale Bedeutung der Grundrechte gerade darin besteht, daß sie der bürgerlich-autonomen Lebensgestaltung gegenüber der gesellschaftlich heteronomen einen Vorrang sichern sollen³⁾. Die Grundrechte sollen - mit anderen Worten - gerade in ihrer sozialen Bedeutung nicht nur der Allgemeinheit gegenüber dem Staat, sondern auch dem einzelnen gegenüber der Allgemeinheit eine autonome Sphäre sichern.

c. Die Formulierung des Bundesverwaltungsgerichts von "dem, was von einem Grundrecht übrig bleibt", läßt sich, ebenso wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Bundesgerichtshofs, sowohl auf die objektive Grundrechtsnorm wie auf das subjektive Einzelgrundrecht anwenden. Eine

1) DÖV 1955, S. 597 ff (S. 600 f.).

2) DÖV 1955, S. 597 ff (S. 601).

3) DÖV 1955, S. 597 ff (S. 597).

Unterscheidung wird in diesem Punkt von keinem der beiden Gerichtshöfe gemacht. Beide Gerichte gehen bei ihren widersprechenden Theorien ohne weiteres davon aus, daß Art. 19 II mindestens auch eine Garantie der subjektiven Einzelgrundrechte enthält¹⁾.

d. D ü r i g²⁾ vertritt den individualistischen Standpunkt am ausgeprägtesten. Er sieht den Wesensgehalt der Grundrechte in ihrem Menschenrechtsgehalt und stellt auf die Situation des betroffenen Grundrechtsträgers ab, der dem Staat nicht als Objekt ausgeliefert werden darf.

3. Demgegenüber vertritt K l e i n³⁾ in seinen Anmerkungen zu Art. 19 II entschieden die reine Sozialtheorie.

a. α) Nachdem er das Problem formuliert hat, bringt er Beispiele, daß schon beide Möglichkeiten in der Rechtsprechung vertreten worden sind, "ohne daß sich die Gerichte darüber im klaren gewesen zu sein scheinen". Als Beispiel für die Individualtheorie wird das Urteil in BGHZ 16 S. 71 angeführt. Der BGH hatte bei der Prüfung, ob ein Rückkehrverbot unter Ärzten ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt antastet, darauf abgestellt, ob sich das Rückkehrverbot zeitlich und räumlich in maßvollen Grenzen hielt, also auf den Rest an Freiheit, der dem einzelnen verblieb.

β) Als Beispiel für die reine Sozialtheorie zieht Klein die oben zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts heran. Das Bundesverfassungsgericht kann nach seiner Ansicht nicht das subjektiv-öffentliche Recht des einzelnen meinen, "denn ein solches Recht hat für das soziale Leben im ganzen keine Bedeutung. Dies läßt sich nur von den Grundrechtsbestimmungen sagen, aus denen die subjektiv-öffentlichen Rechte fließen."

1) Vgl. 2. Teil II B 1 u. C 3 a dieser Arbeit (S. 10/11 und S. 14/15).

2) AÖR Bd. 81 S. 117 ff (insbesondere 127 u. 136 ff.).

3) von Mangoldt-Klein V 2 c zu Art. 19. B. 1 S. 555 f.

b. Unter c seiner Anmerkungen schließt sich Klein dann selbst der reinen Sozialtheorie an.

c. α) Er räumt zunächst ein, daß der Wortlaut der Vorschrift gegen diese Theorie zu sprechen scheine. Art. 19 II schreibt vor, daß der Wesensgehalt eines Grundrechts "in keinem Fall" angetastet werden darf. Wenn man diesen Wortlaut isoliert betrachtet, kann man leicht zu dem Eindruck kommen, daß unter Grundrecht das subjektiv-öffentliche Recht des einzelnen gemeint sei.

β) Nach Klein muß man aber den Abs. II als Satz 3 des Abs. I lesen. Dann kann man die Eingangsformel des Abs. II ("in keinem Fall") mit dem Vordersatz des Abs. I ("soweit ein Grundrecht ... eingeschränkt werden kann") verbinden.

Wenn man außerdem noch den Sinn der übrigen Teile des Abs. I heranzieht, so soll alles dafür sprechen, daß Grundrecht im Sinne des Abs. II nicht das subjektiv-öffentliche Recht des einzelnen, sondern die Grundrechtsbestimmung sei. Abs. I spreche nämlich nur von den Gesetzen, die ein Grundrecht einschränken oder eine Einschränkung ermöglichen.

γ) Die Richtigkeit seiner Ansicht stützt Klein vor allem auf die teleologische Interpretationsmethode¹⁾. Zahlreiche, wenn nicht die meisten, Grundrechtseinschränkungen seien gar nicht denkbar, ohne daß die entsprechenden subjektiven Einzelgrundrechte in ihrem Wesensgehalt angetastet werden.

Hierfür bringt Klein einige Beispiele:

Der Strafgefangene, insbesondere der lebenslänglich verurteilte, könne sich auf Art. 2 Abs. II Satz 2 nur berufen, wenn er in Ketten gelegt würde. Damit stünde aber nur noch ein Rudiment des Wesensgehalts dieses Grundrechts in Rede.

Bei einer Aufhebung des Briefgeheimnisses nach § 99 StPO könne der Betroffene mit seinem Grundrecht des

1) Vgl. hierzu auch von Mangoldt-Klein IV 6 der Einleitung (S.9). Der Zweck der Norm wird als letztlich entscheidendes, weil eigentlich wertendes Auslegungsmittel angesehen.

Briefgeheimnisses nichts mehr anfangen. Bei einer Entziehung des Personensorgerechts nach § 1680 BGB verliere der Vater mit dem bürgerlich-rechtlichen Recht auch das Grundrecht, denn hätte er es danach noch, so könne er sich damit gegen den Verlust des ersteren wehren.

Auch die Aufhebung einer bestimmten Versammlung unter freiem Himmel, die Versagung einer Berufszulassung und die Enteignung eines bestimmten Grundstücks trafen die einschlägigen subjektiv-öffentlichen Rechte der einzelnen in ihrem Wesensgehalt, auch in diesen Fällen seien die Rechte der einzelnen bedeutungslos.

Zu einem anderen Ergebnis könne man nur kommen, wenn man annehme, die subjektiv-öffentlichen Rechte seien nicht in ihrem Wesensgehalt angetastet, weil dem einzelnen nicht das Recht zur Teilnahme an einer bestimmten Versammlung, sondern nur das Recht zur Teilnahme an irgendwelchen Versammlungen, nicht das Recht, einen bestimmten Beruf zu haben, sondern nur das Recht, überhaupt einen Beruf zu haben, nicht das Recht auf Eigentum an einem bestimmten Grundstück, sondern nur das Recht, überhaupt irgendwelches Eigentum zu haben, gewährleistet sei. Diese Auffassung sei jedoch unhaltbar, weil sich schlechthin nicht beurteilen ließe, wie oft dem einzelnen verboten werden dürfe, an bestimmten Versammlungen teilzunehmen, bis schließlich sein Grundrecht der Versammlungsfreiheit in seinem Wesensgehalt angetastet sei ... etc.

8) Unter 6 c seiner Anmerkungen kommt Klein¹⁾ bei der Behandlung des grundrechtseinschränkenden Ermessens noch einmal auf die Frage der Sozial- und Individualtheorie zurück. Er schließt sich der Lehre, die die Einschränkung von Grundrechten durch freies behördliches Ermessen als Verstoß gegen Art. 19 II für unzulässig hält²⁾, an, berichtigt sie aber dahingehend, daß Art. 19 II lediglich Schranke des Ermessens, seine Verletzung daher ge-

1) von Mangoldt-Klein V 6 c zu § 19, B 1, S. 562 ff.

2) Vgl. 2. Teil II C 3 b dieser Arbeit.

richtlich nachprüfbare Ermessensüberschreitung sei.

Damit scheint er in Widerspruch zur reinen Sozialtheorie zu geraten, denn eine richterliche Nachprüfung kann sich ja immer nur auf einen, für das soziale Gesamt-leben zumeist unerheblichen, Einzelfall beziehen. Klein erklärt das von ihm vertretene Ergebnis mit der besonderen Struktur des Ermessens. Bei der Ermächtigung einer Behörde zu grundrechtseinschränkendem Ermessen handele es sich um ein nur latentes Antasten des Wesensgehalts, um eine bloße Gefährdung des Grundrechts (in seiner sozialen Bedeutung), die durch die gerichtliche Ermessenskontrolle abgefangen werden könne.

II. A. Die zweite Aufgabe, die der Rechtswissenschaft durch Art. 19 II gestellt ist, besteht darin, eine Definition des Begriffs "Wesensgehalt" zu finden und an Hand dieser Definition festzustellen, wann der Wesensgehalt eines Grundrechts angetastet ist. Die Diskussion zu dieser Frage ist weiter fortgeschritten als zu dem eben behandelten Ausgangsproblem. Es haben sich verschiedene, zum Teil widersprechende Theorien entwickelt.

Die verschiedenen Ansichten lassen sich in zwei Hauptgruppen zusammenfassen. Nach der Theorie des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen ist der Wesensgehalt eine relative Größe; ob er angetastet ist, beurteilt sich ausschließlich nach dem Motiv der getroffenen Einschränkung. Die übrigen Theorien fassen den Wesensgehalt als eine absolute Größe auf und wollen die Frage, ob er angetastet ist, von dem eingeschränkten Grundrecht her entscheiden.

1)
B. 1) Die "relative Theorie" des Bundesgerichtshofs geht von der Annahme aus, daß es für die Auslegung eine unerfüllbare Aufgabe sei, "in einer Art von Wesensschau jeweils zu ermitteln, wie weit ein Grundrecht eingeschränkt werden kann, ohne sein Wesen zu verlieren". Es könne daher nicht darauf ankommen, was nach der Einschränkung von -----

1) Gutachten vom 25.1.1952, DÖV 53, S.343 und Beschluß vom 17.10.1955, DÖV 55, S.729.

dem Grundrecht noch übrig bleibt. Die Abgrenzung des Wesensgehalts will der Bundesgerichtshof daher nicht aus dem eingeschränkten Grundrecht, sondern aus dem Motiv der Einschränkung entnehmen. Das rechtliche Wesen der Grundrechte besteht nach seiner Ansicht eben darin, daß sie nur im Konflikt mit klar übergeordneten Rechtsgütern eingeschränkt werden können.

Hieraus folgt für den Bundesgerichtshof der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Ein Grundrecht soll dann in seinem Wesensgehalt angetastet sein, "wenn durch den Eingriff die wesensgemäße Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet".

Daraus folgte, daß beispielsweise der Impfwang das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit nicht in seinem Wesensgehalt antastet, obgleich die Impfung im Einzelfall schädliche Folgen haben kann und Ausnahmen nur im Fall einer als zuverlässig erkannten Gesundheitsgefährdung vorgesehen sind. Der sachliche Anlaß, der zu seiner Einführung geführt habe, sei der Wunsch, durch einen in der Regel geringfügigen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit viel schwerere Verletzungen sowohl des einzelnen als auch des ganzen Volkes abzuwenden. Das Maß dessen, was zu diesem Zweck notwendig sei, sei durch das ImpfG. nicht überschritten¹⁾.

2) Der BGH-Theorie verwandt ist die von Jerusalem²⁾ geäußerte Ansicht in SJZ 50 S.1, die allerdings zeitlich vor den BGH-Entscheidungen zu Art. 19 II liegt und nicht ausdrücklich erklärt, daß die Bedeutung der Vorschrift auf die dort geäußerten Gesichtspunkte zu beschränken sei. Jerusalem führt aus, daß gesetzliche Eingriffe nicht ohne Notwendigkeit erfolgen sollten. Das Gericht habe zu prüfen, ob das Gesetz seiner Funktion gerecht wird, die soziale Lebensordnung zu sichern, denn darauf beruhe die Le-

1) BGH DÖV 53 S.343.
2) SJZ 1950 S.1 ff.

gitimität des Gesetzes. Das bedeute aber nicht, daß sich die Rechtsprechung an die Stelle des Gesetzgebers setzen dürfe; sie habe vielmehr nur zu prüfen, ob überhaupt ein vernünftiges Motiv zum Erlaß des Gesetzes vorgelegen hat.

Andererseits müsse die Wichtigkeit des durch das Gesetz zu erreichenden Erfolges groß genug sein, um die Einschränkung der gesellschaftlichen Sphäre zu rechtfertigen. Der Rechtswert der sozialen Ordnung, der durch das Gesetz herbeigeführt oder gesichert wird, müsse größer sein als der Rechtswert der durch das Gesetz herbeigeführten Beschränkung der Freiheit.

Als Vorbild für die Bewältigung der schweren Aufgabe, die der Rechtswissenschaft mit der Aufstellung der hiernach notwendigen Wertskala gestellt sei, weist Jerusalem auf die Praxis hin, in der das preußische OVG aus Art. 10 II 17 ALR das moderne Polizeirecht entwickelte.

C. 1) In der übrigen Rechtsprechung und Literatur hat die Ansicht des BGHZ wenig Zustimmung gefunden¹⁾. Daran ändert nichts, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip durchweg anerkannt²⁾ und von verschiedenen Wissenschaftlern auch aus Art. 19 II hergeleitet wird³⁾. Das Entscheidende an der Theorie des BGH ist nicht, daß er dieses Prinzip aus Art. 19 II begründet, sondern daß er die Bedeutung des Art. 19 II darauf beschränken will und den Versuch, den Wesensgehalt der einzelnen Grundrechte ohne Rücksicht auf das Motiv ihrer Einschränkung zu ermitteln, als undurchführbare "Wesensschau" ablehnt.

Soweit andere Theorien den Wesensgehalt von den Grundrechten her zu bestimmen suchen und dabei zu dem Ergebnis kommen, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

- 1) Vgl. Krüger in DÖV 55 S.597 ff (598), insbes. die Anmerkungen 10 - 12. Aber auch die dort zitierten Entscheidungen des OVG Lüneburg (in DÖV 55 S.218) und des OLG Köln (in NJW 53 S.1846) beschränken die Bedeutung des Art.19 II nicht ausdrücklich auf das Übermaßverbot. Das in Anm.13 zitierte Gutachten von Ipsen ist mir z.Zt. nicht zugänglich.
- 2) So z.B. Dürig in AÖR 56 S.117 ff (146); Krüger in DÖV 55 S.597 ff (598); Klein in v.Mangoldt-Klein V 2 d zu Art.19
- 3) So Zippelius in DVBl. 56 S.353 ff, der allerdings meint, daß der BGH nicht genügend zwischen dem sachlichen Anlaß

a u o h (unter anderem) zum Wesensgehalt gehört, ändert das nichts an ihrer Zugehörigkeit zur Gruppe der "absoluten Theorien".

2) Die Argumente gegen die BGH-Theorie sind am schärfsten von Herb. Krüger¹⁾ formuliert worden:

Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit beherrsche zwar die gesamte verfassungsmäßige Tätigkeit, habe aber im übrigen nichts mit Art. 19 II zu tun. Zunächst sei die Unantastbarkeit des Wesensgehalts absolut, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aber relativ. Ferner beziehe sich der erstere auf den Gegenstand der Staatstätigkeit, der zweite habe es mit den Mitteln derselben zu tun. Drittens müsse das Mittel immer in einem vernünftigen Verhältnis zum Zweck stehen, und zwar selbstverständlich auch dann, wenn von einer Antastung des Wesensgehalts noch gar nicht die Rede sein könne. Entscheidend spreche aber gegen die Identifizierung beider Institute, daß es der Sinn des Art. 19 II sei, gegebenenfalls auch die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auszuschließen, denn dieses verbiete die Verfolgung keines Zieles, vorausgesetzt lediglich, daß es mit ökonomischen Mitteln verfolgt werde, während die Unantastbarkeit des Wesensgehalts besagt, daß selbst das nützlichste Ziel und das sparsamste Mittel einen staatlichen Eingriff in die bürgerliche Freiheitsphäre nicht rechtfertigen könne, wenn diese dadurch der Grundlagen für ihre verfassungsmäßigen Aufgaben beraubt würde.

Die anderen Anhänger eines absoluten²⁾ Wesensgehalts haben diese Argumente zum Teil übernommen, zum Teil be-

Fortsetzung der Anm. 3 von Seite 12:

und der zwingenden Notwendigkeit einer Grundrechtseinschränkung unterscheide; Dürig a.a.O., dagegen Klein und Krüger an den oben zitierten Stellen.

1) Krüger in DÖV 55 S.597 (598).

2) z.B. Klein in von Mangoldt-Klein, V 4 d zu Art. 19 B 1, S.559 f. u.d. Bundesverfassungsgericht, das in NJW 58 S.1035 (1039) unter Berufung auf von Mangoldt-Klein erklärt, daß die Theorie des BGH zu einer Relativierung des Wesensgehalts führen müsse.

schränken sie sich darauf, die BGH-Theorie ohne weitere Begründung abzulehnen¹⁾. Dürig führt aus, daß es sich bei der Frage, ob der von der Grundrechtseinschränkung Betroffene der Staatsgewalt als Objekt ausgeliefert sei, nicht um "Wesensschau", sondern um ganz praktische Fragen handle, und erläutert dies durch einige Beispiele²⁾.

3) Im übrigen haben die Anhänger eines absoluten Wesensgehalts keine gemeinsame Formel für die Interpretation des Art. 19 II gefunden.

a. a) Am einfachsten ist die Formulierung, die das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung zu Art. 12 GG ständig vertreten hat³⁾. Hiernach kommt es für die Frage, ob ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet ist, darauf an, was nach der getroffenen Einschränkung von dem Grundrecht noch übrig bleibt.

B) Diese Formel wendet das Bundesverwaltungsgericht unterschiedslos auf das subjektive Recht des einzelnen Grundrechtsträgers und auf das soziale Gelten der Grundrechtsnorm an. Von dem Grundrecht der freien Berufswahl soll nichts mehr übrig bleiben, wenn die Zulassung zu einem Beruf von Umständen abhängig gemacht wird, auf die der Bewerber keinen Einfluß hat. Daher tastet die Bedürfnisprüfung das Grundrecht des Art. 12 in seinem Wesensgehalt an, denn es liegt außerhalb der Einflusssphäre des Betroffenen, ob beispielsweise ein Bedürfnis auf Zulassung eines neuen Rechtsberaters besteht⁴⁾.

Das Bundesverwaltungsgericht verkennt nicht, daß auch der Nachweis der Sachkunde zum Teil von Umständen abhängt, auf die der Bewerber keinen Einfluß hat, nämlich

1) So das Bundesverwaltungsgericht in BVerwG 2, S. 295 (307)

2) Dürig in AÖR B 81, S. 117 ff (136)

3) Zuerst in BVerwG 1 S. 148. Ebenso: BVerwG 1 S. 269, 2 S. 85, 2 S. 89, 2 S. 295, 2 S. 324 u.a.

4) BVerwG 2 S. 85 (87)

von seinen "Fähigkeiten und Persönlichkeitswerten", sowie von bestimmten sozialen Voraussetzungen. Hierdurch wird aber nach Ansicht des Gerichts der Wesensgehalt der Berufsfreiheit nicht angetastet, da es nicht der Sinn des Art. 12 sei, Unterschiede der Persönlichkeitswerte durch Gleichmacherei zu beseitigen, sondern vielmehr gerade dem Tüchtigen und Leistungsfähigen die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit in beruflicher Hinsicht zu ermöglichen. Die sozialen Voraussetzungen, von denen der Erwerb der Sachkunde abhängt, sollen an diesem Ergebnis ebenfalls nichts ändern, da die sozialen Voraussetzungen bei der Berufswahl immer eine erhebliche Rolle spielen¹⁾.

In einem anderen Fall bleibt das Bundesverwaltungsgericht bei seiner Formel von "dem, was vom Grundrecht übrig bleibt", stellt aber nicht auf die Situation des einzelnen Grundrechtsträgers ab, sondern auf die soziale Bedeutung der Grundrechtsnorm²⁾. Es führt aus, daß die bayerische Rechtsanwaltsordnung, die die Zulassung unter anderem von landsmannschaftlichen Gesichtspunkten abhängig macht, nicht gegen Art. 12 in Verbindung mit Art. 19 II GG verstoße, da, selbst wenn alle Länder derartige Regelungen einführen, der Zugang zu dem Beruf nicht vollständig gesperrt sei.

b. Eine andere Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 19 II befaßt sich mit der Frage des grundrechtseinschränkenden Ermessens. Das Gericht führt aus, daß mindestens die Schranke des Art. 19 II überschritten sei, wenn eine Behörde völlig frei oder in weitestem Umfang in ein Grundrecht eingreifen könne. Außerdem verstieße dies gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz, daß die Freiheitsbeschränkungen voraussehbar sein müssen, und endlich sei auch die in Art. 19 IV ausgesprochene Durchsetzbarkeit der Grundrechte in Frage gestellt, da Ermessensentscheidungen nur in begrenztem Umfang nachprüfbar seien³⁾.

1) BVerwG 2 S.151

2) BVerwG 2 S.151

3) BVerwG 2 S.114 ff (116).

Damit schließt sich das Bundesverwaltungsgericht den Versuchen an, den Wesensgehalt der Grundrechte nach formellen Gesichtspunkten zu bestimmen. Eine Reihe von Oberverwaltungsgerichten und Landesverwaltungsgerichten hält grundrechtseinschränkendes Behördenermessen für unvereinbar mit Art. 19 II¹⁾. Dem schließen sich Dürig und Krüger an²⁾; Klein korrigiert diese Ansicht dahin, daß Art. 19 II Ermessensgrenze und seine Überschreitung gerichtlich nachprüfbar sei³⁾. Die herrschende Lehre müsse in letzter Konsequenz dazu führen, daß Art. 14 des preußischen PVG wegen Verfassungswidrigkeit nichtig sei, was vom Verfassungsgeber nicht gewollt sein könne⁴⁾.

Ein weiterer formeller Gesichtspunkt für die Anwendung des Art. 19 II wird in der Durchsetzbarkeit des eingeschränkten Grundrechts gesehen. Der Wesensgehalt soll angetastet sein, wenn die gerichtliche Geltendmachung eines Grundrechts unmöglich gemacht⁵⁾ oder so erschwert wird, daß dies dem Sinn des Grundrechts entgegensteht⁶⁾.

c. α) Herbert Krüger, der entschiedenste Verfechter eines "absoluten" Wesensgehalts, übt an der gesamten bisherigen Rechtsprechung Kritik⁷⁾. Er lehnt, wie bereits festgestellt wurde, die Ansicht des BGH ab; auch dem Bundesverwaltungsgericht vermag er nicht zuzustimmen, da er dessen Theorie der immanenten Grundrechtsschranken ablehnt.

1) OVG Württemberg-Baden v. 31.8.1950 in DVBl. 50, S.754; OVG Hamburg v. 13.10.1950, MDR 51, S.376; LVG Rheinland-Pfalz vom 4.6.1954, DVBl. 54, S. 709 (711)

2) Dürig in AÖR 56, S.117 ff (151); Krüger in DÖV 55, S.597 (599)

3) von Mangoldt-Klein V 6 c zu Art. 19

4) Die herrschende Lehre kommt allerdings nicht zu diesem Ergebnis, sie faßt die grundrechtseinschränkenden Ermessensbegriffe im Wege der normenerhaltenden Interpretation als nachprüfbar Rechtsbegriffe auf. Im Endergebnis kommt sie also der Ansicht Kleins recht nahe. Vgl. z.B. BVerwG 2, S. 295.

5) OVG Hamburg v. 30.3.1951, VerwRspr. III S. 724 ff (726)

6) BGHZ 5 S.298

7) Herb.Krüger: "Der Wesensgehalt der Grundrechte" in DÖV 55 S.597 ff.

Seine Interpretation des Art. 19 II geht davon aus, daß es der Sinn der Grundrechte sei, dem einzelnen einen Raum zu sichern, in dem er in eigener Verantwortung gemeinwichtige Entscheidungen treffen könne. Der "bürgerlich-autonomen" Förderung des Gemeinwohls solle im Verhältnis zur "gesellschaftlich-heteronomen" ein möglichst großer Spielraum gelassen werden. Der Wesensgehalt der Grundrechte sei der Raum, in dem der Autonomie des Bürgers ein absoluter Vorrang vor der staatlichen, aber auch vor der allgemein-gesellschaftlichen Lenkung gebührt.

Die Abgrenzung dieses Raumes will Krüger nach formellen und nach materiellen Gesichtspunkten vornehmen.

β) Zu den formellen Gesichtspunkten rechnet er die eben erwähnten, von der Rechtsprechung aufgestellten Forderungen, daß einem Grundrecht nicht die Durchsetzbarkeit genommen werden und daß der Ermessensspielraum der Behörde nicht zu groß sein dürfe. Krüger findet dies richtig, aber nicht ausreichend.

γ) Er versucht daher, die Substanz der Grundrechte auch materiell abzugrenzen. Er geht von der in Art. 2 Abs.1 enthaltenen Schrankentrias der verfassungsmäßigen Ordnung, des Sittengesetzes und der Rechte anderer aus. Der Wesensgehalt der Grundrechte ist nach seiner Ansicht nicht das Komplement, sondern die Korrektur dieser Trias. Es soll sich also nicht um den Raum handeln, in dem sich der Grundrechtsträger bewegt, ohne die Schrankentrias des Art. 2 Abs.1 zu verletzen, sondern um den Raum, in dem er ohne Rücksicht auf diese Trias von seiner Freiheit Gebrauch machen kann.

Krüger meint, daß man sich aus Furcht vor ungeklärten Widersprüchen nicht gegen diese Ansicht einnehmen lassen dürfe. Im freiheitlichen Staat stünde die Richtigkeit nicht von vornherein fest, sie müsse dialektisch ermittelt werden.

Die Grenzen des Raumes, in dem der Freiheit des einzelnen Vorrang vor der Schrankentrias des Art.2 gebührt, will Krüger aus dem staatlichen Sinn der Grund-

rechte ermitteln. Die Grundrechte sollen dem Bürger die Möglichkeit geben, für seine Person gemeinwichtige Entscheidungen zu treffen. Ob ihm diese Möglichkeit genommen sei, entscheide sich nach quantitativen Gesichtspunkten und aus dem verfassungspolitischen Zweck des betroffenen Grundrechts.

αα) Die quantitativen Gesichtspunkte sollen mit dem Verbot der Aushöhlung identisch sein. Ob ein Grundrecht durch eine Einschränkung ausgehöhlt sei, entscheide sich einerseits nach der Anzahl der dem Bürger noch verbleibenden Möglichkeiten, andererseits nach der Anzahl der Personen, für die das Grundrecht noch eine Bedeutung hat.

BB) Bei dem verfassungspolitischen Zweck der Grundrechte soll es sich um die vom Bundesverfassungsgericht erwähnte Bedeutung handeln, die das Grundrecht noch für das soziale Leben besitzt. Es soll darauf ankommen, ob der Zweck, um dessentwillen die Freiheit gewährt sei, noch erfüllt werde. Hiernach kann ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt verletzt sein, wenn es formell überhaupt nicht angetastet ist, aber in einer Weise gewährt wird, die seinen sozialen Zweck sabotiert, also zum Beispiel, wenn Versammlungsfreiheit ohne Diskussionsmöglichkeit gewährt wird.

d. Das Bundesverfassungsgericht neigt ebenfalls dazu, den Wesensgehalt als absolute Größe aufzufassen. In seiner Grundsatzentscheidung zur Gewerbefreiheit erklärt es, daß es sich der BGH-Theorie nicht anschließen könne, weil sie zu einer Relativierung des Wesensgehalts führe¹⁾. Auch die bereits zitierte Bemerkung in BVG 2 S.284 ff., in der es auf das geregelte Lebensverhältnis, die sozialen Anschauungen darüber und auf die Bedeutung des Grundrechts im Sozialleben abstellen will, gehört in den Bereich der "absoluten" Formeln.

e. α) Klein, der davon ausgeht, daß Grundrecht im Sinne des Art. 19 II nur die Grundrechtsbestimmung in ihrer

1) BVerfG v. 11.6.1958, NJW 58 S.1035 (S.1039).

sozialen Bedeutung sei, ist ebenfalls der Ansicht, daß unter dem Wesensgehalt ein unumstößlich feststehender, absoluter substantieller Wesenskern zu verstehen sei¹⁾.

Bei der Abgrenzung dieses Wesenskerns geht er von der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts aus und kommt im Ergebnis zum Teil der Interpretation Krügers nahe: Der Umfang des Wesensgehalts bestimme sich nach der Bedeutung, die das Grundrecht nach der getroffenen Einschränkung noch für das soziale Leben im Ganzen besitzt. Maßgebend sei dabei das "rechtlich geläuterte Urteil", worunter Klein dasselbe Urteil verstehen will, das das Reichsgericht bei der Abgrenzung der "guten Sitten" verwendete, nämlich das Urteil aller billig und gerecht Denkenden. Den "sozialen Anschauungen", die das Bundesverfassungsgericht ebenfalls bei der Anwendung des Art. 19 II heranziehen will, steht er mißtrauisch gegenüber, da es sich um die u.U. kurzlebigen Zeitströmungen unterworfenen, meist unkontrollierbaren, weil emotionale, Einstellung der Sozialgemeinschaft handle. Das, was zum Wesensgehalt der Grundrechte gehöre, könne sich sicherlich mit dem Wandel der Zeiten ändern; das "rechtlich geläuterte Urteil" solle dem aber eher konservativ gegenüberstehen und sich eher den Vorwurf gefallen lassen, geheiligten Überlieferungen anzuhängen, als selbst Schrittmacher von Strömungen zu werden, "deren Folgen ... zur Zeit der Urteilsbildung und -fällung noch nicht abzusehen sind".

Der Wesensgehalt kann nach Ansicht Kleins auf zweierlei Art angetastet werden: durch sachlich-inhaltliche Einschränkungen und durch Einschränkung des rechtstatsächlichen personellen Geltens.

B) Die sachlich-inhaltlichen Einschränkungen sind nach den von Krüger entwickelten Gesichtspunkten zu beurteilen. Klein zitiert in diesem Zusammenhang Krüger und führt insbesondere dessen Beispiel von der Versammlungsfreiheit ohne Diskussionsmöglichkeit an. Dieses Beispiel sei deswegen besonders lehrreich, weil das Grundrecht der

1) von Mangoldt-Klein V 4 d zu Art. 19, B 1 S. 561.

freien Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 2 verfassungsmittelbaren Vorbehaltsschranken unterliege, das Versammlungsrecht dagegen nicht. Bei der Ermittlung sachlicher systematischer Gewährleistungsschranken 2. Grades im Sinne des Kleinschen Schrankensystems ergebe sich daher immer die Gefahr der Antastung des Wesensgehalts.

γ) Die rechtstatsächlichen personellen Einschränkungen beurteilt Klein nach den "quantitativen Gesichtspunkten" Krügers, allerdings mit dem Unterschied, der sich daraus ergibt, daß Klein die Schutzwirkung des Art. 19 II ausschließlich auf die Grundrechtsnorm in ihrer sozialen Bedeutung anwenden will. Es kann für ihn daher nicht auf die dem einzelnen Betroffenen noch verbleibenden Möglichkeiten, sondern lediglich auf die Anzahl der Personen ankommen, für die das Grundrecht nach der getroffenen Einschränkung noch eine Bedeutung hat. Hier zeigt sich dann, daß die, bei vordergründiger Betrachtung nur sachlich-inhaltlich bestimmbar erscheinende Substanz der Grundrechte unter gewissen Voraussetzungen ihren wesentlichen Inhalt aus Überlegungen des Geltens, also aus substanzfremd erscheinenden Kriterien, erhält. Dies hat nach Klein seinen Grund darin, daß Art. 19 II nicht das sachlich-inhaltlich bestimmbare, subjektiv-öffentliche Recht, sondern die Grundrechtsbestimmung in ihrem Gelten schützt, letzten Endes also der Wesensgehalt eines Grundrechts mit seinem sozialen Gelten gleichzusetzen ist. Das Wesen einer Norm sei nicht nur ihr sachlicher Inhalt, sondern auch ihr allgemeiner Geltungscharakter. Dieser aber sei angetastet, wenn ihr trotz normativen Weitergeltens für alle in dem durch sie zu regelnden sozialen Raum keine oder nicht mehr genügende Bedeutung zukommt.

δ) Die Ansicht Kleins zu der Frage des grundrechtseinschränkenden Ermessens ist bereits oben gewürdigt worden¹⁾.

f. α) In seinem Aufsatz über den Grundrechtssatz von der Menschenwürde nimmt Dürig eine andere Abgrenzung

1) 2. Teil II C 3 b dieser Arbeit (S. 15 f).

des - ebenfalls absolut aufgefaßten - Wesensgehalts vor¹⁾. Er sieht den Grundrechtskatalog unter dem Leitprinzip der Menschenwürde. Die Formalausagen des Art. 1 Abs. 2, daß die Grundrechte unverletzlich und unveräußerlich sind und daß ihre Anerkennung durch den Staat lediglich deklaratorische Bedeutung hat, erhalten nach seiner Ansicht ihren materiellen Gehalt erst durch die Zurückführung auf die in Abs. 1 als unantastbar anerkannte Menschenwürde.

Menschenrechtlichen Charakter haben demnach die Grundrechte nur, soweit sie auf die Menschenwürde zurückgeführt werden können. Art. 19 II, der als gesetzestech-nische Schlußklammer aufgefaßt wird (während Art. 1 als "Anfangsklammer" mit ihm in unmittelbare Beziehung zu setzen ist), hat die Aufgabe, den menschenrechtlichen Gehalt der Grundrechte abzuschirmen.

B) Hieraus ergibt sich die Abgrenzung des Wesensgehalts, die Dürig vornimmt. Die Menschenwürde, und damit der Wesensgehalt der Menschenrechte, ist angetastet, wenn der Grundrechtsträger im Rahmen einer Grundrechtseinschränkung dem staatlichen Handeln als Objekt ausgeliefert ist. Zu prüfen, ob dies der Fall ist, ist nach Dürig keine "Wesensschau"; es soll sich vielmehr um ganz reale praktische Feststellungen handeln.

γ) αα) Der Grundrechtsträger ist nach Dürig dem staatlichen Handeln als Objekt ausgeliefert, wenn die Grundrechtseinschränkung von Umständen abhängig gemacht wird, auf die er keinen Einfluß hat²⁾. Dürig zitiert in diesem Zusammenhang die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zu der Bedürfnisprüfung.

BB) Er stellt sich die Frage, ob nach seiner Formulierung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 19 II herzuleiten sei, und bejaht dies³⁾. Es ist nach seiner Ansicht eine Degradierung des Menschen zum Objekt,

1) Dürig: "Der Grundsatz von der Menschenwürde" in AÖR B 81 S. 117 ff.

2) a.a.O. S. 136. 3) a.a.O. S. 146.

wenn er vom Staat mehr als nötig in Anspruch genommen wird. Dieser Grundsatz soll nicht nur für die jeweilige gesetzliche Regelung im ganzen, sondern für jeden Einzelfall gelten. Auch im konkreten Fall sei Beschränkung auf das Notwendige erforderlich¹⁾.

Dürig hält es freilich - was sich schon aus seiner Ausgangsposition ergibt - für unzulässig, die Bedeutung des Art. 19 II auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beschränken.

γγ) Ferner sollen nach Dürig alle zu Grundrechtseinschränkungen ermächtigenden Begriffe zu gerichtlich kontrollierbaren Rechtsbegriffen geworden sein. Damit nähert sich seine Meinung der Ansicht Kleins zum grundrechtseinschränkenden Ermessen und, wie später zu zeigen sein wird, im Ergebnis auch der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts zu dieser Frage.

δ) Schließlich will Dürig auch noch aus der historisch-soziologisch-politischen Anschauung der Rechtsgemeinschaft Schlüsse auf den Wesensgehalt der Grundrechte ziehen. Hierin sieht er die Bedeutung des von Krüger angeführten verfassungspolitischen Sinnes der Grundrechte und der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts in BVG 2 S. 284 ff.

g. Zu den Theorien vom absoluten Wesensgehalt gehört auch die Formulierung von Wernicke im Bonner Kommentar²⁾. Hiernach umfaßt der Wesensgehalt der Grundrechte alle wesentlichen Eigenschaften. Angetastet ist er schon, wenn nur eine der wesentlichen Eigenschaften eines Grundrechts angetastet ist. Ein wichtiges Kriterium für die Frage, welche Eigenschaften als wesentlich anzusehen sind, sei der spezielle Zweck der einzelnen Grundrechte, der im Zuge fortschreitender Entwicklung Abwandlungen erleiden könne.

1) a.a.O. S. 148 f.

2) BK S. II 2 a (S. 7) zu Art. 19.

h. Eine Definition des Wesensgehalts, die von der Formulierung des Bonner Kommentars ausgeht, im Ergebnis aber zum Teil der Ansicht Krügers sehr nahe kommt, findet sich bei Hamann¹⁾. Hamann stellt zunächst fest, daß der Wesensgehalt nicht mit dem (umfassenderen) Inhalt der Grundrechte identisch sei. Der erstere solle offenbar nur die Grundsubstanz umfassen.

Eine solche Unterscheidung sei aber nur dort möglich, wo das Grundgesetz nicht alle wesentlichen Merkmale eines Grundrechts erschöpfend umrissen hat, was z.B. im Falle des Petitionsrechts geschehen sei; ebenso im Falle der Koalitionsfreiheit und bei der Teilnahme am Religionsunterricht. Die Schranke des Art. 19 II hat demnach nur dort eine Bedeutung, wo der Verfassungsgeber auf eine Legaldefinition verzichtet und sich auf die Anführung unbestimmter Rechtsbegriffe beschränkt, z.B. bei der Unverletzlichkeit der Wohnung.

In diesen Fällen soll es nach Hamann nicht auf die Formulierung des Grundgesetzes ankommen, sondern auf ihren Sinn. Hier folgt das Beispiel Krügers, daß zur Versammlungsfreiheit nicht nur das Sich-Versammeln, sondern auch das Recht zur aktiven Teilnahme an einer Versammlung gehört.

Außerdem soll nach Hamann auch die rechtliche Erzwingbarkeit der Grundrechte zu ihrem Wesensgehalt gehören, woraus für ihn die Unzulässigkeit des grundrechtseinschränkenden Ermessens folgt.

Im Einzelfall müsse bei der Prüfung, ob der Wesensgehalt angetastet ist, eine Gegenüberstellung von Wesensgehalt und Inhalt des betroffenen Grundrechts erfolgen. Wenn die Grenze überschritten sei, sei der Wesensgehalt angetastet. Dies soll bei einer Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips immer der Fall sein²⁾.

1) Hamann C 7 zu Art. 19 (S. 173).

2) Hamann C 8 zu Art. 19 (S. 174).

i. Abschließend muß noch eine Entscheidung genannt werden, die der Bundesgerichtshof in Zivilsachen abseits von seiner ständigen Rechtsprechung und im Gegensatz zu der von ihm vertretenen "relativen" Theorie gefällt hat¹⁾. Es handelt sich um die bereits zitierte Stelle, in der es der BGHZ bei der Frage, ob ein Rückkehrverbot unter Ärzten die Bewegungs- oder die Berufsfreiheit in ihrem Wesensgehalt antaste, darauf abgestellt hat, daß sich das Verbot zeitlich und räumlich in maßvollen Grenzen hielt. Hier wird nicht nach dem Zweck der Beschränkung gefragt, sondern danach, was nach der Einschränkung noch von dem Grundrecht übrig bleibt.

III. Schließlich muß zusammengefaßt werden, welche rechtstheoretische und rechtspraktische Bedeutung dem Art. 19 II zugemessen wird und wie die verschiedenen Meinungen den Schutz des Wesensgehalts verwirklichen wollen.

A. Wenig Übereinstimmung besteht über die grundsätzliche Bedeutung des Art. 19 II.

1) Klein ist der Ansicht, daß Art. 19 II eine Selbstverständlichkeit normiere²⁾; die Garantie des Wesensgehalts ergibt sich nach seiner Ansicht schon aus der bloßen Grundrechtsgarantie, denn eine Grundrechtseinschränkung, die den Wesensgehalt eines Grundrechts (bei Klein: in seiner sozialen Geltung) antastet, soll eben keine Beschränkung, sondern eine Aufhebung des Grundrechts sein. Klein stützt diese Ansicht besonders darauf, daß der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich in der Zeit der Weimarer Reichsverfassung von sich aus eine ähnliche Formulierung gefunden hatte³⁾.

Hieraus folgt für Klein auch, daß die Substanzgarantie des Art. 19 II nicht nur für die Grundrechte

1) BGH 16 S. 80.

2) von Mangoldt-Klein V 7 a zu Art. 19, B 1 S. 564.

3) RGZ 126 Anhang S.22.

des Grundrechtskatalogs, sondern auch für die außerhalb des ersten Teils normierten Grundrechte gilt¹⁾.

2) Andere Theorien wollen dem Art. 19 II eine größere grundsätzliche Bedeutung zumessen, ohne daß es zu dieser Frage zu einer Diskussion gekommen ist.

a. So führt der Bundesgerichtshof in Zivilsachen aus, daß Art. 19 II eine von dem Rechtszustand unter der Weimarer Reichsverfassung abweichende Lage schaffen wolle, indem er die Grundrechte - auch soweit sie staatlichen Eingriffsmöglichkeiten unterliegen - einer schrankenlosen staatlichen Disposition entziehe²⁾. Ähnlich ist die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts, daß der Gesetzgebung durch Art. 19 II "unverrückbare und enge Grenzen" gezogen seien³⁾.

b. Hamann⁴⁾ will Art. 19 II nur im Hinblick auf die nicht überpositiven Grundrechte eine besondere Bedeutung zumessen. Die überpositiven Grundrechte sind nach seiner Ansicht schon auf Grund ihres übergeordneten Ranges dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen; eine Einschränkung kommt bei ihnen nur im Konflikt mit übergeordneten, gleichfalls überpositiven Rechtsgütern in Betracht. Ein besonderer Schutz ihres Wesensgehalts wäre nach Hamann daher sinnlos.

Hingegen sollen die nicht überpositiven Grundrechte in ihrem Wesensgehalt geschützt und dadurch den überpositiven in ihrer Wirksamkeit und Stärke bedeutend angenähert sein. Sie können auf Grund des Art. 19 - wenn überhaupt - so nur in bestimmten Grenzen eingeschränkt werden.

Allerdings will Hamann den Gedanken des Art. 19 II auf das Grundrecht des Art. 14 GG anwenden, ob-

1) von Mangoldt-Klein V 2 d zu Art. 19, B 1 S.556.

2) BGH DÖV 55 S.729 (730).

3) BVerwG 1 S.269 (270).

4) Hamann C 6 zu Art. 19 C S.172 f.

gleich er dieses als überpositiv ansieht. Er ist der Ansicht, daß die Dispositionsgewalt des Staates aus Art. 14 Abs. I Satz 2 beschränkt sei und daß diese Schranke sachlich mit der Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 II zusammenfalle. Wesensgehalt des Eigentums soll das Haben-Dürfen und nicht die Gebrauchsfreiheit sein. Da eine direkte Anwendung des Art. 19 II auf Art. 14 seiner oben zitierten Theorie widersprechen würde, wendet er in diesem Fall Art. 19 II analog an¹⁾.

B. 1) a. Allgemein anerkannt ist, daß Art. 19 II in seiner rechtspraktischen Bedeutung einen Befehl an den einfachen (nicht verfassungsändernden) Gesetzgeber enthält, bei Eingriffen in Grundrechte den Wesensgehalt zu schonen, und daß Gesetze, die gegen dieses Verbot verstoßen, grundsätzlich verfassungswidrig und nichtig sind.

Dies gilt unstreitig für gesetzgeberische Eingriffe, die auf Grund eines speziellen Gesetzesvorbehalts erfolgen; nach Hamann gilt es auch für die Gesetze, die ein Grundrecht inhaltlich ausgestalten²⁾, nach Klein auch für die Fälle des denkbaren Gesetzesvorbehalts und der Inhaltsbestimmung der Grundrechte durch Ausführungsgesetze³⁾.

b. Die Nichtigkeit von Gesetzen wird in der Praxis häufig im Wege der normenerhaltenden Interpretation vermieden. Dies ist von besonderer Bedeutung, wenn ein Verstoß gegen Art. 19 II angenommen wird, weil die Grundrechtseinschränkung in das Ermessen einer Verwaltungsbehörde gestellt wird. Das Bundesverwaltungsgericht⁴⁾ und verschiedene andere Gerichte haben entschieden, daß in diesen Fällen nicht das betreffende Gesetz nichtig ist, sondern das lediglich die Ermessensfreiheit der Behörde wegfällt. Der einzelne soll dann einen durchsetzbaren An-

1) Hamann B 2 zu Art. 14 (S. 147).

2) Hamann C 6 zu Art. 19 (S. 172 f.).

3) von Mangoldt-Klein V 1 b zu Art. 19. B 1 S. 554 f.

4) BVerwG 2 S. 295 (299)

spruch auf günstige Entscheidung haben, wenn die objektiven Voraussetzungen für eine solche vorliegen.

Im Ergebnis kommt die Praxis damit der Ansicht Kleins nahe, daß Art. 19 II grundrechtseinschränkendes Ermessen nicht verbiete, sondern lediglich eine gerichtlich nachprüfbare Grenze des Behördenermessens darstelle¹⁾.

c. Eine Ausnahme von der Regel, daß Gesetze, die den Wesensgehalt eines Grundrechts antasten, verfassungswidrig sind, macht das Bundesverwaltungsgericht im Falle der "immanenten Grundrechtsschranken". Nach seiner Lehre liegt es im Wesen der Grundrechte, daß sie nicht in Anspruch genommen werden können, um sich gegen eine gesetzliche Regelung zu wehren, die dem Schutz eines für den Bestand der Gesellschaft notwendigen Rechtsgutes dient, "denn das Grundrecht setzt Bestand der staatlichen Gemeinschaft voraus, durch die es gewährleistet ist"²⁾.

Es liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, die Frage zu erörtern, ob es überhaupt immanente Grundrechtsschranken gibt, und wie diese gegebenenfalls zu definieren sind. Entscheidend an der Lehre des Bundesverwaltungsgerichts ist hier, daß es aus dem Gesichtspunkt der immanenten Grundrechtsschranken auch Eingriffe in den Wesensgehalt eines Grundrechts zulassen will.

Das Bundesverwaltungsgericht relativiert also den Wesensgehalt, den es an sich als absolute Größe ansieht, nachträglich durch die immanenten Grundrechtsschranken³⁾. Der Wesensgehalt soll angetastet sein, wenn von dem Grundrecht nichts mehr übrig bleibt, ohne daß es auf das Motiv der Einschränkung ankäme. Nachdem die Verletzung des Art. 19 II festgestellt ist, berücksichtigt das Bundesverwaltungsgericht aber das Motiv der Regelung: Wenn der Eingriff in den Wesensgehalt zum Schutz eines gemeinschafts-

1) von Mangoldt-Klein V 6 c zu Art. 19, Bl. S. 562 ff.

2) Diese Theorie wird vom Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung vertreten. Die Antastung eines Grundrechts in seinem Wesensgehalt wird zum ersten Mal in BVerwG 2, S.89 (S. 93 f.) für zulässig erklärt.

3) Vgl. Klein in von Mangoldt-Klein V 4 c zu Art. 19, B 1, S.558.

notwendigen Rechtsgutes erfolgt ist, soll er trotz Art. 19 II verfassungsmäßig sein.

Dies führt dazu, daß das Gericht die Bedürfnisprüfung, die nach seiner Auffassung den Wesensgehalt des Art. 12 GG antastet, beispielsweise im Falle der Prozeßagenten für zulässig erachtet: Die Bedürfnisprüfung soll hier dem Funktionieren der Rechtspflege - einem gemeinschaftsnotwendigen Rechtsgut - dienen¹⁾.

Die Lehre des Bundesverwaltungsgerichts hat in der übrigen Literatur und Rechtsprechung kaum Zustimmung gefunden. Zum Teil wird die Existenz der "immanenten Grundrechtsschranken" überhaupt geleugnet; ganz allgemein wird aber angenommen, daß sie nie einen Eingriff in den Wesensgehalt der Grundrechte rechtfertigen können.

Klein lehnt die nachträgliche Relativierung des absolut aufgefaßten Wesensgehalts ab²⁾.

Der Bundesgerichtshof in Zivilsachen führt aus, daß die Lehre des Bundesverwaltungsgerichts zu dem Rechtszustand der Weimarer Republik zurückführen würde, unter dem die Grundrechte für den Gesetzgeber praktisch keine Verbindlichkeit hatten. Diesen Zustand solle aber gerade Art. 19 II vermeiden³⁾.

Das Bundesverfassungsgericht bemerkt, daß der Wesensgehalt eines Grundrechts nach dem klaren Wortlaut der Verfassung in keinem Fall angetastet werden dürfe. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Eingriff doch zulässig sein sollte, sei daher gegenstandslos⁴⁾.

Mit besonderem Nachdruck betont Herb. Krüger, daß der Wesensgehalt der Grundrechte der Raum sei, in dem ausschließlich der Bürger über den Gebrauch der Freiheit entscheide. Entscheidend ist nach seiner Ansicht nicht die Frage, ob das Grundrecht dem gemeinen Nutzen zu weichen habe, sondern die Frage, wer zu entscheiden habe, was gemeinnützlich sei. Im Bereich des Wesensgehalts entscheide -----

1) BVerwG 2, S. 89 (S. 93 f.).

2) von Mangoldt-Klein V 4 c u. d zu Art. 19, B 1 S. 558 ff.

3) BGH DÖV 55 S. 729.

4) BVerfG NJW 58 S. 1035 (S. 1039).

allein der Grundrechtsträger¹⁾).

d. Eine Mittelstellung nimmt zu dieser Frage Dürig ein. Für ihn endet der Schutz des Art. 19 II gerade dort, wo die Störung der gemeinschaftsnotwendigen Rechtsgüter beginnt. Eine Regelung, die in den Wesensgehalt eines Grundrechts eingreift, ist nach Dürig nicht zu retten; aber der Staat, der den Bestand der gemeinschaftsnotwendigen Rechtsgüter schützt, kann nach seiner Ansicht den Wesensgehalt eines Grundrechts nie verletzen. Der Grundrechtsträger ist in diesem Fall dem Staat nie als Objekt ausgeliefert, denn die Verantwortlichkeit zur primitiven Nichtstörung liegt im Bereich des einzelnen²⁾.

2) Darüber hinaus wird Art. 19 II zum Teil auch eine Bedeutung für die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung zugemessen.

a. Klein³⁾ ist der Ansicht, daß Art. 19 II sich an Verwaltung und Rechtsprechung wendet, soweit diese in "einheitlicher", "ständiger" Praxis handeln. Hier soll dem Art. 19 II vor allem die Bedeutung einer Auslegungsregel zukommen. Eine Antastung des Wesensgehalts durch die Auslegung wäre es nach Klein, wenn man beispielsweise die Freiheit der Forschung aus Art. 5 Abs. 3 GG auf die "richtige" Forschung beschränkte. Damit wäre jede Berufung auf diese Grundrechtsvorschrift unmöglich, da niemand mehr beurteilen könne, welche Lehrmeinungen als die "richtigen" zu bezeichnen wären.

b. Dürig geht in der Anwendung des Art. 19 II auf Einzelfälle noch weiter. Er will dem Grundrechtsträger einen Anspruch auf Dispens geben, wenn die Anwendung eines an sich gültigen Gesetzes den Wesensgehalt eines Grundrechts im Einzelfall verletzen würde (beispielsweise durch Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip)⁴⁾.

1) Krüger in DÖV 55 S. 597 (598).

2) Dürig in AÖR B. 81 S. 117 (S. 135-137).

3) von Mangoldt-Klein V 7 b zu Art. 19, B 1, S. 564 f.

4) Dürig in AÖR, B 81 S. 117 (148 f.).

3) Schließlich will Klein die Bedeutung der Vorschrift auf Gesetze beschränken, die nach Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassen worden sind¹⁾.

4) Übereinstimmung besteht endlich darin, daß Art. 19 II sich nicht an den verfassungsändernden Gesetzgeber wendet²⁾. Insoweit soll nur die Unverbrüchlichkeitsgarantie des Art. 73 in Betracht kommen.

Dritter Teil : Versuch einer Interpretation des Art.
 19 II

I. A. Bevor mit der eigentlichen Interpretation des Art. 19 II begonnen wird, soll die verfassungspolitische Situation betrachtet werden, der die Vorschrift ihre Entstehung verdankt. Damit soll nicht die historische oder die genetische Interpretationsmethode an den Anfang der Untersuchung gestellt werden. Es soll nicht versucht werden, den Sinn der Vorschrift, ohne auf ihren Wortlaut einzugehen, aus den gesetzgeberischen Motiven zu ermitteln. Abgesehen davon, daß dies im Falle des Art. 19 II kaum möglich wäre, würde man sich dadurch im Ergebnis schon von vornherein festlegen. Für eine echte Interpretation, die den "objektivierten Willen des Gesetzgebers" ermittelt, "so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt"³⁾, wäre dann kein Raum mehr.

Trotzdem muß das verfassungspolitische Motiv, das zur Aufnahme des Art. 19 II im Bonner Grundgesetz geführt hat, von vornherein geklärt werden. Es kann die Interpretation nicht ersetzen, muß aber bei der nachfolgenden Interpretation als richtungsweisender Faktor für das

1) von Mangoldt-Klein V 8 zu Art. 19, B 1, S. 566.

2) von Mangoldt-Klein V 7 b (letzter Absatz) zu Art. 19, B 1 S. 565; Hamann C 6 zu Art. 19 (S. 172 f.).

3) Vgl. von Mangoldt-Klein IV 6 a der Einleitung (S.9) und BVerfG 1 S. 299 ff (312).

Verständnis der Grundrechtsnorm beachtet werden¹⁾; der reine Wortlaut der Vorschrift, insbesondere das unklare und - wie sich später zeigen wird - auch vieldeutige Wort "Wesensgehalt" könnte sonst zu leicht in die Irre führen. Es soll, mit anderen Worten, nicht die Ratio des Art. 19 II im voraus ermittelt werden, sondern nur das Ziel, das der Verfassungsgeber mit der Aufnahme der Vorschrift verfolgte. Die Frage, ob und in welcher Weise dieses Ziel erreicht worden ist, bleibt Gegenstand der nachfolgenden Interpretation.

B. In den Motiven zum Grundgesetz findet sich kein Anhaltspunkt, der zu genügender Klarheit führen könnte. von Mangoldt führt in der 6. Sitzung des Grundsatzausschusses²⁾ aus, daß die Substanz der Grundrechte durch die Gesetzgebung nicht angegriffen werden dürfe. Es müsse zum Ausdruck gebracht werden, daß die Gesetzgebung nie so weit gehen dürfe, ein Grundrecht in seinem Bestand anzugreifen.

In der 8. Sitzung des Grundsatzausschusses³⁾ begründet von Mangoldt die jetzige Fassung der Vorschrift damit, daß Art. 21 H.Ch.E., nach dem in die Substanz eines Grundrechts nicht eingegriffen werden soll, durch die bisherige Fassung⁴⁾ nicht gedeckt sei. In der Debatte über Art. 19 Abs.I Satz 2⁵⁾ hält von Mangoldt diese Vorschrift für überflüssig; es genüge, wenn der Richter die Grenze habe, die durch die bisherige Fassung, daß ein Grundrecht niemals in seinem Wesensgehalt angetastet werden dürfe, festgesetzt sei.

-
- 1) Vgl. BVerfG 1 S.117 ff. (127) für den Fall, daß der Sinn einer Vorschrift dunkel ist und sich für ihre Auslegung noch keine festen Grundsätze bilden können. Ähnlich geht gerade im Falle des Art. 19 II der BGH in DÖV 55 S. 729 ff. vor: Er schildert zunächst die Situation, aus der die Vorschrift entstanden ist, berührt dann ihren Wortlaut und versucht schließlich, aus beiden Faktoren den Sinn der Vorschrift abzuleiten.
 - 2) vom 7.10.1948, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, neue Folge; Bd. 1 S.117 f.
 - 3) vom 7.10. 1948 a.a.O.
 - 4) nämlich, daß "das Grundrecht als solches" nicht angetastet werden dürfe.
 - 5) i.d.32. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 11.1.1949; Jahrbuch d. öffentl. Rechts, Neue Folge, Nd. 1 S.178.

Diese Stellungnahmen führen nicht weiter als der Wortlaut der Vorschrift. Sie zeigen, daß dem Gesetzgeber eine Grenze gesetzt werden soll, daß man dem Richter einen Maßstab geben will, nach dem er auch Regelungen, die formell von einem Gesetzesvorbehalt gedeckt werden, auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten prüfen kann. Aber die Wörter "Bestand" und Substanz" besagen auch nicht mehr als das Wort "Wesensgehalt". Die Frage ist gerade, was für Vorstellungen die Verfasser des BGG mit diesen Wörtern verbanden.

C. 1) Einen Anhaltspunkt bietet die Tatsache, daß Vorschriften, die dem Art. 19 II ähnlich sind, zum ersten Mal in den deutschen Verfassungen der Nachkriegszeit erscheinen. Da sich die Anschauungen über das Verhältnis von Individualrechten und Staatsgewalt nach dem zweiten Weltkrieg in Deutschland grundlegend gewandelt haben, liegt es nahe, daß die Aufnahme des Art. 19 II und seiner Parallelvorschriften in den Länderverfassungen auf diese Umwertung zurückzuführen ist¹⁾.

Ihren unmittelbaren Ausdruck findet diese geänderte Einstellung zunächst in Art. 1 Abs.III²⁾: Die Grundrechte sollen alle Zweige der Staatsgewalt, also insbesondere auch den Gesetzgeber, unmittelbar binden. Das Bonner Grundgesetz lehnt nicht nur den Zustand der vollkommenen Grundrechtslosigkeit ab, es will jede Möglichkeit ausschließen, die Grundrechte, wie es in der Zeit der Weimarer Reichsverfassung geschah, gegenüber dem Gesetzgeber als bloßes Bekenntnis oder unverbindliches Programm zu behandeln.

1) Vgl. BGH in DÖV 55 S.729 (730): "Der Rechtszustand, der sich aus der hier bekämpften Auslegung des Art.19 II ergibt, ist der der Weimarer Reichsverfassung, den das Grundgesetz bewußt vermeiden wollte."
von Mangoldt 4 vor Art. 1 (S.36): Aus alledem wird erklärlich, daß schon in einem sehr frühen Stadium der Beratungen der Beschluß gefaßt wurde, in Aufbau und Gestaltung der Grundrechte neue Wege zu gehen."

2) Vgl. BGH in DÖV 55 S.729 (730): "Zu Art. 1 Abs. II u. III ist Art. 19 II unmittelbar in Beziehung zu setzen."

Es hat sich also einmal die Einstellung zur Staatsgewalt schlechthin und zum anderen die Einstellung gegenüber dem Gesetzgeber gewandelt. Frühere Verfassungsgeber mochten glauben, daß ein Staat, der sich einmal in seiner Verfassung zu Grundrechten bekannt hatte, diese auch in Zukunft respektieren werde. Die Schöpfer des Bonner Grundgesetzes hatten die Dämonie der Macht, die Entartungsmöglichkeiten, denen der Staat ausgesetzt ist, zu deutlich vor Augen, als daß sie die Grundrechte irgendeinem Zweig der Staatsgewalt ohne Sicherung anvertrauen konnten. Noch schwerwiegender war aber die geänderte Einstellung gegenüber dem Gesetzgeber: er genoß bei den Verfassern des Grundgesetzes nicht mehr das Vertrauen, das man ihm früher entgegenbrachte¹⁾. Frühere Verfassungen hielten das Individuum für genügend geschützt, wenn die Möglichkeit, Grundrechte einzuschränken, einer parlamentarischen Volksvertretung vorbehalten blieb. Bei der Ausarbeitung des BGG fühlte man sich in diesem Glauben geradezu "schmählich betrogen"²⁾. Auch dem Gesetzgeber, der in Grundrechte eingreifen kann, mußte eine Grenze gesetzt werden.

2) Die bloße Feststellung, daß die Grundrechte auch den Gesetzgeber binden (Art. 1 Abs. III), bietet aber noch keinen vollkommenen Schutz gegenüber der Legislative. Das Bonner Grundgesetz konnte ebensowenig wie irgendeine andere Verfassung umhin, der einfachen Gesetzgebung weitgehende Vollmachten zur Einschränkung der Grundrechte zu geben.

Es liegt in der Natur der Verfassungen, daß sie keine juristisch ausgefeilten Regelungen enthalten. Ihr politischer Charakter und die Notwendigkeit, den späteren Staatsorganen einen genügenden Spielraum zu lassen, führen dazu, daß sie schlagwortartige Grundentscheidungen enthal-

1) Vgl. von Mangoldt 4 zu Art. 1 (S. 45) und 4 vor Art. 1 (S. 36); Hamann Einführung D 7 (S. 44).

2) von Mangoldt 4 vor Art. 1 (S. 36).

ten und die nähere Ausgestaltung dem einfachen Gesetzgeber überlassen¹⁾).

Im Bereich der Grundrechte hat das oft die Folge, daß dem Grundrechtsträger zunächst ein Zuviel an Freiheit zugesichert wird, das dann durch einen Gesetzesvorbehalt ausgeglichen werden muß. Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung - um nur ein Beispiel zu nennen - könnte, wenn man Art. 5 Abs. I GG isoliert liest, so aufgefaßt werden, daß jedermann in jeder Weise jede beliebige Meinung äußern darf. Tatsächlich ist dies aber nicht der Inhalt des Art. 5; man muß die Absätze I und II zusammen lesen. Das Grundrecht des Art. 5 stellt nur die Regel auf, daß die Meinungsäußerung frei ist; von dieser Regel sind aber (auf Grund des Abs. II) bestimmte, gesetzlich festzulegende Ausnahmen zulässig.

3) Wann von der Regel der Freiheit eine Ausnahme gemacht werden soll, hat grundsätzlich der Gesetzgeber zu entscheiden, dessen Ermessen in früheren deutschen Verfassungen im allgemeinen unbegrenzt war. Damit wurde das Zuviel an Freiheit, das man dem Grundrechtsträger zunächst eingeräumt hatte, durch ein Zuviel an staatlicher Eingriffsmacht ausgeglichen. Es bestand kein Schutz gegen gesetzgeberischen Ermessensmißbrauch²⁾).

Dieser Zustand widerspricht dem in Art. 1 Abs. III ausgesprochenen Willen der deutschen Nachkriegsverfassungen³⁾. Wenn man in der Erklärung, daß die Grundrechte auch für den Gesetzgeber verbindlich sind, mehr als einen bloßen Wunsch sieht, so muß wenigstens das bestehen bleiben, was der Grundrechtssatz unbeschadet des Gesetzesvor-

1) Vgl. von Mangoldt 4 vor Art. 1 (S.36): "Leitend war ... der Grundsatz, die Grundrechte möglichst kurz und einprägsam, damit also notwendig in einer ziemlich weiten Fassung zu formulieren ...".

2) Vgl. auch Art. 5 Satz 2 der Déclaration des Droits de l'Homme von 1789: "Was nicht verboten ist, darf nicht verhindert werden ...". Daneben versucht die Déclaration in Art. 5 Satz 1 aber auch schon, dem Gesetzgeber eine - wenn auch sehr weit gefaßte - materielle Grenze zu setzen: "Das Gesetz soll nur Handlungen verbieten, die der Gemeinschaft schädlich sind."

3) Vgl. auch BGH DÖV 55 S.729 (730); von Mangoldt 4 vor Art. 1 C (S.36) und 4 zu Art. 1 (S.45).

behalts aussagt: Es muß verhindert werden, daß das in den Grundrechten enthaltene Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt wird, daß eine staatliche Regelung den als Ausnahme gedachten Fall der Freiheitsbeschränkung zur Regel macht.

4) Verfassungstechnisch kann dem mit zwei Mitteln entgegengewirkt werden: Man kann die Vorbehaltssätze mit richtungweisenden Einschränkungen versehen, die so weit wie möglich konkretisierend festlegen, zu welchem Zweck und in welcher Weise der Gesetzgeber sein Eingriffsrecht gebrauchen darf, und man kann eine Generalklausel zum Schutz der Grundrechte aufnehmen. Zu den Generalklauseln gehört Art. 19 II.

Die deutschen Nachkriegsverfassungen haben beide Mittel verwendet. Das Bonner Grundgesetz hat auf einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt verzichtet und die einzelnen Vorbehaltssätze, soweit es möglich schien, durch konkretisierende Bestimmungen begrenzt¹⁾. Trotzdem hielt man darüber hinaus eine Generalklausel für notwendig, um das grundrechtliche Regel-Ausnahme-Verhältnis in allen Fällen aufrecht erhalten zu können. Dies erscheint schon deshalb berechtigt, weil bei einer Reihe von Grundrechten nicht auf einen unbeschränkten Gesetzesvorbehalt verzichtet werden konnte. In diesen Fällen und besonders dort, wo der einfache Gesetzgeber zur Inhaltsbestimmung der Grundrechtsbegriffe ermächtigt ist, wäre ohne den Schutz einer Generalklausel das gesetzgeberische Ermessen weiterhin nicht nachprüfbar.

Aber auch für die übrigen Grundrechte erscheint der Schutz des Art. 19 II nicht überflüssig. Bei der weiten Fassung²⁾ aller Verfassungsbestimmungen ist die Sicherung, die eine konkretisierende Beschränkung des Gesetzesvorbehalts bietet, oft höchst unvollkommen. Der Gesetzge-

1) Ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt war noch im Hohenchiemsee-Entwurf (Art. 21 Abs.I Satz 1) vorgesehen. Die Schöpfer des BGG sind bei der Ausgestaltung der Eingriffsvorbehalte bewußt andere Wege gegangen. Vgl. von Mangoldt, 1.Aufl. Vorbemerkung 4 und 1 zu Art.19 (SS. 36 u. 117).

2) Vgl. von Mangoldt, 1.Aufl. Vorbemerkung 4 (S.36).

ber wird im allgemeinen nur in einer Richtung festgelegt, etwa auf einen bestimmten Zweck, während Art und Ausmaß der Grundrechtsbeschränkung weiterhin in seinem Ermessen bleiben. Eine zu weitgehende Beschränkung der gesetzgeberischen Handlungsfreiheit wäre auch verfassungspolitisch gefährlich; auf der anderen Seite droht Mißbrauch des Ermessensspielraums. Diese Lücke sollen die Generalklauseln schließen. Gerade die Hessische Verfassung, die bei der Festlegung des späteren Gesetzgebers noch weiter geht als das Grundgesetz, indem sie versucht, für jedes Grundrecht die zulässigen Eingriffsgründe abschließend aufzuzählen, hat als erste eine dem Art. 19 II entsprechende Vorschrift aufgenommen.

5) Art. 19 II ist also eine Generalklausel zum Schutz der Grundrechte, die verhindern soll, daß das in jedem Grundrecht festgelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis unter Ausnutzung eines Eingriffsvorbehalts umgekehrt wird. Wie die Vorschrift auszulegen ist, ob und in welcher Weise sie ihren verfassungspolitischen Zweck erfüllt, soll im folgenden untersucht werden.

II. Das Ausgangsproblem, dem die Interpretation gegenübergestellt ist, ist die Frage, ob Art. 19 II nur die objektive Grundrechtsnorm oder auch das subjektive Einzelgrundrecht schützt.

A. Zu diesem Punkt hat Klein als einziger ausführlich und mit einem eindeutigen Ergebnis Stellung genommen. Er meint, daß unter "Grundrecht" im Sinne des Art. 19 II nur die Grundrechtsnorm in ihrer sozialen Bedeutung zu verstehen sei ("reine Sozialtheorie")¹⁾.

Hier sollen zunächst die Argumente untersucht werden, auf die Klein seine Ansicht stützt. Wenn sie sich als stichhaltig erwiesen, könnte die "reine Sozialtheorie" ohne weiteres als richtig übernommen werden. Es sei jedoch vorweggenommen, daß mich die Beweisführung Kleins nicht überzeugt und daß m.E. die "reine Sozialtheorie"

1) von Mangoldt-Klein V 2 c zu Art. 19, B 1 A.555. Vgl. 2. Teil, I B 3 der Arbeit, S. 7 ff.

auch im Endergebnis abzulehnen ist.

Klein stützt sein Ergebnis auf die systematische und die teleologische Interpretationsmethode¹⁾.

1) a. Die systematischen Gesichtspunkte sollen vor allem beweisen, daß der Wortlaut des Art. 19 II nicht unbedingt gegen die reine Sozialtheorie spricht. Klein erkennt, daß die Formulierung des Art. 19 II, nach der der Wesensgehalt "in keinem Fall" angetastet werden darf, auf einen Schutz der subjektiven Einzelgrundrechte hindeutet. Dies soll sich nach seiner Ansicht aber ändern, wenn man den Abs. II als dritten Satz des Abs. I liest und die Eingangsformel des Abs. II ("in keinem Fall") auf den Vordersatz des Abs. I Satz 1 bezieht.

Im übrigen soll für die reine Sozialtheorie sprechen, daß der gesamte Inhalt des Abs. I nur von den Gesetzen spricht, die ein Grundrecht einschränken oder aufgrund derer es eingeschränkt werden kann.

b. α) Verbindet man entsprechend der Forderung Kleins die Eingangsformel des Art. 19 II mit dem Vordersatz des Abs. I, so liest sich die Vorschrift folgendermaßen:

"Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, ... darf in keinem Fall das Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden." 2)

Damit ist nichts gesagt, was zugunsten der "reinen Sozialtheorie" spräche. Die Formel "in keinem Fall" ist weder aus dem Wege geräumt, noch hat sie ihre Bedeutung geändert. Der Vordersatz des Abs. I Satz 1 spricht ausdrücklich auch von Grundrechtseinschränkungen auf Grund

1) von Mangoldt-Klein a.a.O. Zu den Auslegungsmethoden vgl. auch IV 6 d. Einleitung S. 8,9.

2) Diese Lesart deckt sich im wesentlichen mit dem Wortlaut, den die Vorschrift in der 8. Sitzung des Grundsatzausschusses erhielt und der in der 18. Sitzung des Hauptausschusses durch endgültige Fassung ersetzt wurde. Vgl. 1. Teil II C der Arbeit, S.2.

eines Gesetzes, also von dem Fall, daß nicht das Gesetz selbst in das Grundrecht eingreift, sondern ein Einzelakt (Verwaltungsakt oder Richterspruch), der auf ein Gesetz zurückgeht. Aus einer Verbindung des Abs. II mit dem Vordersatz des Abs. I folgt also noch nicht einmal, daß die Beschränkung des Abs. II nur für gesetzliche Regelungen gilt.

Noch viel weniger kann aus dieser Verbindung geschlossen werden, daß der Schutz des Art. 19 II auf die objektive Grundrechtsnorm in ihrer sozialen Bedeutung beschränkt sein soll.

ß) Aber selbst wenn man in Betracht zieht, daß der übrige Inhalt des Art. 19 Abs. I nur von den grundrechtsbeschränkenden Gesetzen spricht, und daraus schließen will, daß Abs. II auf Einzelakte unanwendbar sei, so hilft das bei der Entscheidung zwischen Sozial- und Individualtheorie nicht weiter. Die Frage, ob die Beschränkung des Art. 19 Abs. II nur für Gesetze oder auch für Verwaltungsakte und gerichtliche Urteile gilt, hat mit der Frage, ob sich der Schutz der Vorschrift nur auf die objektive Grundrechtsnorm oder auch auf das subjektive Einzelgrundrecht erstreckt, unmittelbar nichts zu tun. Die erste Frage betrifft den Normenadressaten, die zweite das Schutzobjekt der Norm. Nur die zweite Frage bildet das in diesem Abschnitt behandelte Ausgangsproblem der Interpretation.

Daß sich eine Schutznorm ausschließlich an den Gesetzgeber wenden und dabei trotzdem den Schutz subjektiver Einzelgrundrechte bezwecken kann, zeigt gerade Art. 19 Abs. I Satz 1. Grundrechtseinschränkungen durch Spezialgesetze haben, wenn sie nicht überhand nehmen, keinen Einfluß auf das soziale Gelten einer Grundrechtsnorm; trotzdem sind sie dem Gesetzgeber strikt verboten. Dies zeigt besonders deutlich, daß man aus einer Verbindung von Art. 19 II mit dem Vordersatz des Abs. I Satz I keinen Schluß zugunsten der reinen Sozialtheorie ziehen kann.

γ) Auch im übrigen ist die systematische Interpretationsmethode nicht geeignet, die Ansicht Kleins zu stützen. Art. 19 enthält in seinem Abs. IV gerade eine der entschiedensten Schutznormen zugunsten der subjektiven Einzelgrundrechte. Hier wird der Rechtsweg für jeden Fall gewährleistet, ohne Rücksicht darauf, ob das soziale Gelingen der Grundrechtsnorm in Frage steht.

2) a. Schwerwiegender sind Kleins Argumente aus der teleologischen Interpretationsmethode. Sie lassen sich dahin zusammenfassen, daß bei vielen unstreitig zulässigen Grundrechtseinschränkungen der Grundrechtsträger mit seinem subjektiv-öffentlichen Verfassungsrecht - jedenfalls für den Einzelfall - nichts mehr anfangen kann. Dies wird durch verschiedene Beispiele, insbesondere durch den Hinweis auf den zu lebenslänglichem Zuchthaus verurteilten Strafgefangenen, belegt.

Diese Beispiele zeigen, daß es nicht der Sinn des Art. 19 Abs. II sein kann, dem Individuum für jeden Fall einen Restbestand seiner subjektiven Verfassungsrechte zu sichern, mit dem er noch etwas anfangen kann. Es kann, wie Klein richtig ausführt, nicht der Wille der Verfassung sein, die zahlreichen, in allen Rechtsstaaten üblichen Grundrechtseinschränkungen zu verbieten, bei denen das Bestimmungsrecht des einzelnen vollkommen aufgehoben ist.

b. α) Damit ist aber noch nicht bewiesen, daß Art. 19 II die subjektiv-öffentlichen Einzelgrundrechte überhaupt nicht schützen soll. Das wäre nur dann der Fall, wenn die einzige Alternative zu Kleins "reiner Sozialtheorie" wäre, daß dem Grundrechtsträger in jedem Fall ein Restbestand seiner Rechte erhalten bleiben muß. Tatsächlich ist es aber durchaus möglich, daß Art. 19 II dem Schutz der subjektiven Grundrechte dient, ohne daß deshalb von diesen auf jeden Fall ein Rest übrig bleiben muß, mit dem der Grundrechtsträger noch etwas anfangen kann.

Zunächst wäre es denkbar, daß Art. 19 II zwar jeder Einzelperson einen bestimmten Bestand ihrer subjektiven Rechte garantiert, ohne daß deshalb für jeden Einzelfall ein Minimum dieser Rechte bestehen bleiben muß. Diesen Einwand sieht Klein voraus. Er führt aus, daß man zu einem anderen als dem von ihm vertretenen Ergebnis kommen könne, wenn man annimmt, daß beispielsweise Art. 14 in seinem Wesensgehalt nicht die Entziehung bestimmter Vermögensgegenstände verbiete, aber verhindern wolle, daß jemand aller Vermögensrechte beraubt werde. Gegen diese Auffassung spricht aber nach Klein, daß es schlechthin nicht zu beurteilen sei, wie oft einer Person einzelne Vermögensgegenstände entzogen werden könnten (bzw. wie oft die Teilnahme an einzelnen Versammlungen verboten werden könnte etc.), bis das jeweilige Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet sei¹⁾.

Die gleiche Schwierigkeit besteht aber auch, wenn man festzustellen versucht, wie viele Grundrechtsträger an der Ausübung eines Rechts verhindert werden dürfen, bis die Grundrechtsnorm ihrer sozialen Geltung beraubt ist. Wenn man den Wesensgehalt der Grundrechte nach quantitativen Maßstäben zu bestimmen versucht, wird man immer gezwungen sein, die Grenze, die die Staatsgewalt nicht überschreiten darf, mehr oder weniger willkürlich festzusetzen.

ß) Diese Überlegung führt zu einem weiteren Einwand gegen die teleologischen Argumente Kleins: Die von ihm angeführten Beispiele sprechen nur gegen einen Schutz der subjektiven Einzelgrundrechte, wenn man davon ausgeht, daß der Wesensgehalt ein quantitativ bestimmbarer Restbestand des Grundrechts ist. Klein hat gezeigt, daß es nicht der Sinn des Art. 19 II sein kann, dem Grundrechtsträger für jeden Fall einen Rest seiner Freiheit zu sichern. Das beweist aber nicht, daß die subjektive Freiheit des einzelnen überhaupt nicht geschützt werden soll; es deutet eher darauf hin, daß der Wesensgehalt eben nicht als ein "Rest" aufzufassen ist, der "übrig bleiben" muß. Weiter unten soll gezeigt werden, daß die 1) von Mangoldt-Klein V 2 c zu Art. 19, S.556

Brauchbarkeit quantitativer Gesichtspunkte bei der Ermittlung des Wesensgehalts höchst problematisch und m.E. nicht gegeben ist, daß es aber möglich ist, den Wesensgehalt - ohne ihn zu relativieren - nach anderen Gesichtspunkten aus der Ratio der Grundrechte zu bestimmen¹⁾.

γ) Die teleologischen Argumente Kleins verlieren schließlich auch an Bedeutung, wenn man sich ins Gedächtnis zurückruft, daß Art. 19 II dem Schutz des in jedem Grundrecht festgelegten Regel-Ausnahme-Verhältnisses dient. Dieses Verhältnis besteht nicht nur für das soziale Ganze, sondern für jeden einzelnen Grundrechtsträger, und es ist auch in den von Klein angeführten Beispielen nicht umgekehrt.

Ein Elternteil, dem das Sorgerecht entzogen ist, hat nicht das Grundrecht aus Art. 6 verloren, denn dieses garantiert das Erziehungsprimat der Eltern nur, solange sie nicht bei der Erziehung des Kindes versagen. Daß die Ausnahme (nämlich das Versagen) vorliegt, ist aber nach den einschlägigen Vorschriften des bürgerlichen Rechts festgestellt worden. Bei einer Enteignung kann von einer Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses selbst dann nicht die Rede sein, wenn der enteignete Gegenstand das gesamte Vermögen des Betroffenen ausmacht. Die Grundrechtsregel besagt, daß dem einzelnen eine Vermögenssphäre gegeben ist, in die nur in dem Ausnahmefall eines überwiegenden öffentlichen Interesses eingegriffen werden darf. Daß dem Betroffenen auf jeden Fall eine solche Sphäre verbleibt, wird schon durch den Entschädigungsanspruch gewährleistet.

Schwierigkeiten scheint nur der Fall des Strafgefangenen zu bieten; hier könnte man auf den ersten Blick annehmen, daß die Beschränkung auf fast allen Gebieten zur Regel und die Freiheitsbetätigung zu einer Ausnahme geworden ist, die höchstens von der Vollzugsbehörde von Fall zu Fall gewährt werden kann. Aber das Beispiel täuscht: Die Ausnahme, die gemacht wird, liegt nicht in den einzel-

1) Vgl. 3. Teil I C 5 dieser Arbeit (S. 36)

nen Freiheitsbeschränkungen, die im Strafvollzug zulässig sind, sondern in den Voraussetzungen, unter denen eine Freiheitsstrafe überhaupt angeordnet werden kann. Da diese Voraussetzungen im Rechtsstaat klar formuliert sind und ihr Vorliegen sorgfältig geprüft werden muß, ist auch hier das Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht umgekehrt.

B. Außer Klein hat sich mit der Frage der Sozial- oder Individualgarantie nur das Bundesverfassungsgericht beschäftigt, das in BVG 2/285 das Problem aufgeworfen hat. Klein sieht in den Ausführungen, die das Gericht an dieser Stelle zu Art. 19 II macht - die nicht zu den tragenden Gründen der Entscheidung gehören - , ein Bekenntnis zur "reinen Sozialtheorie"¹⁾.

Die Bemerkung des Bundesverfassungsgerichts scheint mir aber, soweit sie das hier behandelte Ausgangsproblem betrifft, keine eindeutige Stellungnahme zu enthalten. Schon die Formulierung deutet darauf hin, daß das Gericht keine endgültige Entscheidung fällen will. Es fragt, ob Art. 19 II die vollständige Entziehung eines Grundrechts im Einzelfalle verbiete oder nur verhindern wolle, daß das Grundrecht als solches, z.B. durch Wegfall der der Allgemeinheit gegebenen Garantie, berührt werden könnte.

Hieran fällt auf, daß bei der ersten Alternative von jedem Einzelfall, nicht von jeder Einzelperson die Rede ist. Das Gericht läßt also die bereits erwähnte Möglichkeit offen, daß zwar für jede Person ein bestimmter Bestand an Grundrechtsfreiheit garantiert wird, aber nicht für jeden Einzelfall. Außerdem wird durch das "z.B." in der zweiten Alternative die Möglichkeit offen gelassen, daß das "Grundrecht als solches" in anderer Weise berührt werden kann als nur "durch Wegfall der der Allgemeinheit gegebenen Garantie".

Die Gesichtspunkte, die das Bundesverfassungsgericht bei Anwendung des Art. 19 II berücksichtigen will,

1) von Mangoldt-Klein V 2 b zu Art. 19; vgl. 2. Teil I B 3 a B der Arbeit (S. 7)

bleiben nur im Rahmen der "reinen Sozialtheorie" , wenn man die Ausführungen des Gerichts als eine Einheit ansieht, während man sie ebensogut in zwei selbständigen Halbsätzen lesen kann. Das Gericht will "das zu regelnde Lebensverhältnis, die tatsächlich getroffene Regelung und die gesellschaftlichen Anschauungen hierüber " berücksichtigen, sowie das rechtlich geläuterte Urteil über die Bedeutung, die das Grundrecht nach der getroffenen Einschränkung noch für das soziale Leben im Ganzen besitzt". Liest man den ersten Halbsatz selbständig, so kann man ihn ohne weiteres in dem Sinne auffassen, daß es zunächst darauf ankomme, welche Rechte nach dem Wesen des zu regelnden Lebensverhältnisses und den gesellschaftlichen Anschauungen hierüber auch dem einzelnen noch verbleiben müssen. Darüber hinaus könnte man dann - aufgrund des zweiten Halbsatzes - noch das rechtlich geläuterte Urteil über die Bedeutung heranziehen, die das Grundrecht nach der getroffenen Einschränkung noch für das soziale Leben im Ganzen besitzt.

In der zitierten Bemerkung des Bundesverfassungsgerichts wird man daher nur eine unverbindliche Erwägung, aber keine Entscheidung des Problems im Sinne der "reinen Sozialtheorie" sehen können.

C. 1) Selbstverständlich ist die "reine Sozialtheorie" mit diesen Feststellungen nicht widerlegt. Es hat sich lediglich gezeigt, daß die Argumente, die diese Theorie zu tragen scheinen, nicht unbedingt stichhaltig sind.

Es sprechen aber verschiedene schwerwiegende Gesichtspunkte dafür, daß man dem Sinn des Art. 19 II nicht gerecht wird, wenn man seine Schutzwirkung auf die soziale Bedeutung der Grundrechtsnorm beschränkt.

a. Die echten Grundrechte - im Gegensatz zu den auch im Grundrechtsteil des GG enthaltenen objektiven Verfassungssätzen und Institutionsgarantien - sind individuelle Rechte 1). Zwar fließt auch bei ihnen, wie

1) Vgl. Maunz Lehrbuch, 2. Abschn. § 13,5 S.74.

bei jeder Anspruchsgrundlage das subjektive Recht aus einer objektiven Norm¹⁾, aber der Zweck dieser Norm ist es in erster Linie, dem einzelnen das subjektive Recht zu verschaffen. Soweit ein (echtes) Grundrecht daneben noch eine Wirkung auf das Leben der Sozialgesamtheit zeitigt, hat diese eher den Charakter einer Reflexwirkung. Sie ist nicht das Entscheidende an dem Grundrecht. Die freiheitliche Form des sozialen Zusammenlebens wird in erster Linie durch die Organisationsnormen und Institutionsgarantien der Verfassung gewährleistet, die Grundrechte sollen dagegen dem einzelnen eine gesicherte Position gegenüber dem Sozialganzen verschaffen.

Es erscheint unwahrscheinlich, daß die Schutznorm des Art. 19 II, die, wie Klein sagt, als Ausrufungszeichen hinter dem Grundrechtskatalog steht²⁾, nur die soziale Nebenwirkung der Grundrechtsnorm betreffen soll und nicht ihren Hauptzweck, die rechtliche Sicherung des einzelnen.

b. Gegen dieses Ergebnis spricht auch folgende Überlegung:

Die Grundrechtsgarantie erstreckt sich, wie insbesondere Herb. Krüger³⁾ nachgewiesen hat, nicht nur auf die naheliegenden und sozial üblichen Arten der Rechtsausübung. Es entspricht der individualistischen Grundhaltung des Bonner Grundgesetzes, die am stärksten in Art. 1 Abs. I und Art. 2 Abs. I zum Ausdruck kommt, daß nicht nur die Freiheit gewährt werden soll, zu tun, was üblich ist, sondern daß jeder Mensch auch das Recht haben soll, sich für das Abseitige, von der Gesellschaft nicht Gebilligte zu entscheiden, solange er nicht die in Art. 2 Abs. I umrissenen sozialen Schutzgüter der Verfassung verletzt.

Dieses Recht genösse aber, wenn man von der "reinen Sozialtheorie" ausginge, keinen Schutz aus Art. 19 II.

-
- 1) Daran, daß es sich um echte subjektive Rechte handelt, kann heute kein Zweifel mehr bestehen. Vgl. Zippelius in DVBl. 56, S. 353.
2) von Mangoldt-Klein V 7 b zu Art. 19, S. 564 f.
3) in DÖV 55 S. 597 (597)

Die soziale Bedeutung einer Norm kann immer nur nach den Anschauungen der großen Masse oder einer tonangebenden Schicht beurteilt werden. Für den Schutz des "Außenseitters", der von der Verfassung fraglos auch beabsichtigt ist, bleibt dabei kein Raum.

Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, nach welchen Gesichtspunkten Klein die Frage beantworten will, ob eine Grundrechtsnorm ihrer sozialen Bedeutung beraubt ist. Er will die bekannte Formulierung des Reichsgerichts über die "guten Sitten" heranziehen: Maßgeblich soll das Urteil aller billig und gerecht Denkenden sein¹⁾. Hier wird auf eine Rechtsprechung verwiesen, die bewußt die Bedürfnisse und Anschauungen einzelner außer acht läßt und auf die im Volk tatsächlich geübte Rechtsmoral und den sich aus ihr ergebenden Durchschnittsforderungen abstellt²⁾. Dies ist im bürgerlich-rechtlichen Bereich richtig; hier muß schon aus Gründen der Verkehrssicherheit auf ein gesellschaftlich vorherrschendes Durchschnittsmaß abgestellt werden. Der Grundrechtsteil der Verfassung will aber etwas anderes: er will kein Verkehrsrecht schaffen, sondern innerhalb bestimmter Grenzen dem Grundrechtsträger einen Bereich geben, in dem seine Entscheidung vor den Bedürfnissen der Gesellschaft den absoluten Vorrang hat³⁾. Es dürfte kaum im Sinne der Verfassung liegen, daß diese Entscheidung von dem Schutz des Art. 19 II nicht ergriffen werden soll.

c. Schließlich läßt sich die soziale Bedeutung eines Grundrechts auch gar nicht scharf von seiner Bedeutung für den einzelnen Grundrechtsträger trennen. Herb. Krüger hat gezeigt, daß die Grundrechte der bürgerlich-autonomen Lebensgestaltung einen Vorrang vor der gesell-

1) von Mangoldt-Klein V 5 zu Art. 19 (S.560).

2) Vgl. Lehmann, Lehrbuch § 29 IV 1 (S.180).

3) Vgl. Krüger a.a.O.

schaftlich-heteronomen sichern sollen¹⁾. Der soziale Sinn der Grundrechte besteht mit anderen Worten gerade darin, daß eine möglichst weite Sphäre geschaffen werden soll, in der gemeinwichtige Entscheidungen von Einzelpersonen getroffen werden.

Diese soziale Funktion der Grundrechte kann man aber nur gewährleisten, indem man die Freiheit des einzelnen Grundrechtsträgers schützt. Individualentscheidungen von wirklicher Gemeinschaftsbedeutung werden meistens von Außenseitern gefällt; für deren Schutz die "reine Sozialtheorie", wie oben gezeigt wurde, keinen Raum läßt. Die soziale Bedeutung, die ein Grundrecht dadurch gewinnt, daß ein solcher Außenseiter in bahnbrechender Weise von ihm Gebrauch macht, läßt sich oft erst Jahre später im Rückblick beurteilen. Insbesondere kann hier ein Urteil, das sich an die Rechtsprechung zu den "guten Sitten" anlehnt, leicht versagen. Es könnte immer nur das bisher Übliche im Sinne einer tatsächlich geübten Rechtsmoral berücksichtigen²⁾ und hätte für das Bahnbrechende keinen Raum.

Der Richter, der zu entscheiden hat, ob die soziale Geltung eines Grundrechts gefährdet ist, müßte also eine der wichtigsten Bedeutung, die das Grundrecht für das Gesellschaftsganze haben kann, unberücksichtigt lassen.

2) Man wird aus diesen Gründen die Substanzgarantie des Art. 19 II auch auf die subjektiv-öffentlichen Grundrechte des einzelnen beziehen müssen.

III. A. 1) Es ist nun die weitere Aufgabe der Interpretation, festzustellen, was man unter dem geschützten "Wessensgehalt der Grundrechte" zu verstehen hat und wann er angetastet ist.

Generalklauseln zum Schutz der Grundrechte können auch anders formuliert werden als Art. 19 II BGG. So bestimmt die Hessische Verfassung, daß das "Grundrecht als solches" erhalten bleiben muß, und die Verfassung von Berlin, daß eine Einschränkung nie dem "Grundgedanken eines

1) in DÖV 55 S. 597 (600).

2) Lehmann, Lehrbuch § 29 IV 1 (S.180).

Grundrechts zuwiderlaufen" darf¹⁾. Die Verfasser des Bonner Grundgesetzes haben den Wortlaut der Hessischen Verfassung, der noch im Hohenchiemseer Entwurf übernommen war, abgeändert, weil er ihnen den Zweck der Vorschrift nicht zu decken schien²⁾, und den Begriff des "Wesensgehalts" eingeführt.

Der Wortlaut des Art. 19 II ist also kein gesetzgeberisches Zufallsergebnis, über das sich die Interpretation ohne weiteres hinwegsetzen könnte, er ist auf eine bewußte Entscheidung des Verfassungsgebers zurückzuführen. Man muß eine Definition des "Wesensgehalts" finden, die dieser Entscheidung gerecht wird und gleichzeitig bei einer praktischen Anwendung des Art. 19 II brauchbar ist.

2) Es ist bestritten worden, daß es überhaupt möglich sei, aus einer Grundrechtsnorm den Wesensgehalt des Grundrechts zu ermitteln. Der Bundesgerichtshof in Zivilsachen vertritt die Auffassung, daß dies nur in einer Art von "Wesensschau" geschehen könnte, die der juristischen Interpretation nicht zuzumuten sei. Er hält es daher für erforderlich, einen Maßstab heranzuziehen, der mit dem betroffenen Grundrecht unmittelbar nichts zu tun hat; den sachlichen Anlaß der jeweiligen Grundrechtseinschränkung.

Ob der Wesensgehalt eines Grundrechts verletzt ist, soll sich danach beurteilen, ob das für den jeweiligen Anlaß der Einschränkung erforderliche Maß an Freiheitsbeschränkung gewahrt sei³⁾.

3) Der Wortlaut der Vorschrift spricht jedenfalls auf den ersten Blick gegen diese Auffassung. Unter dem Wesen einer Sache versteht schon der allgemeine Sprachgebrauch etwas, das sich aus dieser Sache selbst ergibt, eine Art gedachten Kern, nicht aber etwas Relatives, das mit einem der Sache selbst fremden Maßstab zu messen ist.

1) Art. 63 Abs. I der Hessischen Verfassung von 1946 und Art. 23 Abs. II der Verfassung von Berlin von 1950.

2) Vgl. 1. Teil II B der Arbeit (S. 2).

3) Vgl. 2. Teil II B 1 der Arbeit (S. 10 ff.).

Im übrigen hilft der allgemeine Sprachgebrauch aber nicht weiter. Er läßt sich weder bei einer Definition der Wörter "Wesen", "Wesensgehalt" und "Wesensschau" verwenden, noch gibt er Auskunft darüber, ob das Wesen eines Gegenstandes nur im Wege einer "Wesensschau" oder auch in anderer Weise ermittelt werden kann.

4) Es fragt sich, ob die Fachsprache der Juristen bei einer Definition des Wortes "Wesensgehalt" weiterhelfen kann.

Man könnte zunächst an eine Verwandtschaft mit bestimmten bürgerlich-rechtlichen Begriffen denken, wie etwa mit der "wesentlichen Eigenschaft einer Person oder Sache (§ 119 Abs. II BGB) oder an den wesentlichen Bestandteil einer Sache (§ 93 BGB). Die zivilrechtliche Lehre und Rechtsprechung zeigt aber, daß man bei der Anwendung dieser Rechtsbegriffe auf Gesichtspunkte zurückgreift, die sich im verfassungsrechtlichen Bereich nicht anwenden lassen.

Im Falle des § 119 Abs. II stellt schon das Gesetz darauf ab, daß eine Eigenschaft "im Verkehr als wesentlich angesehen wird". Es verweist also auf die Verkehrsanschauung, die im bürgerlichen Verkehrsrecht oft berücksichtigt werden muß, dem Verfassungsrecht aber grundsätzlich fremd ist. Im übrigen hat es sich als unmöglich erwiesen, auch anhand der Verkehrsanschauung objektive Kriterien zu finden, nach denen sich die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit einer Eigenschaft beurteilen läßt¹⁾; die jüngere Rechtsprechung und Lehre stellt vorwiegend auf das konkrete Rechtsgeschäft ab und sieht die Eigenschaft als wesentlich an, wenn sie von den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart war²⁾, oder wenn sie nach der Verkehrsanschauung als vereinbart anzusehen ist³⁾. Die verfassungsrechtliche Interpretation muß

1) Coing in Staudinger 18 (3 d) zu § 119 (S.636 bis 638).

2) So Enneccerus-Nipperdey § 168 II 2 (S.732); Coing in Staudinger a.a.O.

3) Diese Möglichkeit will Staudinger a.a.O. im Gegensatz zu Enneccerus-Nipperdey ebenfalls gelten lassen.

aber gerade ein objektives Kriterium suchen, nach dem zu ermitteln ist, ob eine Grundrechtseinschränkung mit Art. 19 II sich vereinbaren läßt; eine Analogie zu § 119 Abs.II BGB ist also unmöglich.

Die "wesentliche Eigenschaft" einer Sache definiert das Gesetz (§ 93 BGB) dahingehend, daß es sich um Bestandteile einer Sache handelt, "die nicht voneinander getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere von ihnen zerstört oder in seinem Wesen verändert wird". Ob eine Zerstörung oder eine Veränderung im Wesen vorliegt, ist nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen¹⁾; maßgeblich ist auch hier letzten Endes wieder die Verkehrsanschauung²⁾. Bei einer Auslegung des Art.19 II hilft auch dieser Begriff nicht weiter.

Man könnte noch daran denken, den Begriff der sogenannten wesentlichen Bestandteile eines Rechtsgeschäfts heranzuziehen. Hierbei handelt es sich um die Parteilbestimmungen, die notwendig sind, um ein Geschäft unter ein gesetzliches Muster - z.B. Kauf - einreihen zu können.³⁾ Aber auch dieser Begriff ist bei der Interpretation des Art. 19 II nicht verwendbar. Was zu einem bestimmten Geschäftstypus gehört, ist durch eine Rechtsnorm bestimmt; es ist nur noch zu prüfen, ob ein bestimmtes Rechtsgeschäft diesen Anforderungen entspricht. Im Falle des Art. 19 II ist aber gerade festzustellen, wie weit eine Rechtsnorm eingeschränkt werden kann, ohne daß sie ausgehöhlt wird; es fehlt also der eindeutige gesetzliche Maßstab, an dem ein Rechtsgeschäft gemessen werden kann.

Eine allgemeine Definition des Wortes "Wesen" gibt es in der Rechtswissenschaft schließlich nicht. Die Fachsprache der Juristen wird daher bei der Definition des Wesensgehalts der Grundrechte nicht weiterhelfen.

5) Man muß aus diesem Grunde, ohne das juristische Ziel aus dem Auge zu verlieren, die Fachsprache der Philo-

1) Coing in Staudinger 7 (3 b) zu § 93 (S. 440).

2) Enneccerus-Nipperdey § 125 II 1 b (S.796).

3) Lehmann, Lehrbuch § 26 II 1, S.148.

sophie als der Wissenschaft heranziehen, in der die Begriffe "Wesen", "wesentlich" und "Wesensschau beheimatet sind.

a) Schon die philosophischen Wörterbücher zeigen, daß das Wort "Wesen" im Sprachgebrauch dieser Wissenschaft verschiedene Bedeutungen hat, die zum Teil miteinander verwandt sind, zum Teil aber auch wenig miteinander zu tun haben. Da die Hauptdefinitionen in den verschiedenen Werken zwar gleich oder ähnlich sind, die Gruppierungen aber erheblich voneinander abweichen, sollen hier zunächst die Anmerkungen einiger philosophischer Lexika wiedergegeben werden.

Das philosophische Wörterbuch von Heinrich Schmidt (11. Auflage, bearbeitet von Justus Stellner) unterscheidet vier Bedeutungen:

1. Ein einzelnes Ding, besonders ein lebendes oder lebend gedachtes.
2. Die Eigenart, die Natur, das eigentliche Sosein im Gegensatz zum Dasein eines Dinges.
3. Das wirkliche, Wesenhafte, das eigentliche Sein im Gegensatz zum Schein einer Sache.
4. Das Allgemeine, Wesenhafte einer ganzen Art oder Gattung, seine Bedeutung, seine Idee, sein Sinngehalt. Dazu kommt noch der Begriff der Wesenheit (Washeit, lat. quidditas), der das umfaßt, was das Wesen einer Sache ausmacht, das Insgesamt der Wesenseigenschaften, den substantiellen Kern eines Seienden, der bisweilen wie ein selbständiges Seinendes behandelt wird.

Im "Wörterbuch der philosophischen Begriffe" von Johannes Hoffmeier findet sich folgende Anmerkung:

Wesen: Von den deutschen Mystikern zuerst für lat. essentia: Sein, Sosein im Gegensatz zu existenzia: Dasein gebraucht. Hauptbedeutung: die Bestimmtheit, der Inbegriff der Eigenschaften, die die Eigenart einer Sache oder einer Gruppe von Personen oder Sachen ausmachen, von denen also alle ihre übrigen Eigenschaften abhängen. Daher versteht man unter Wesen auch das Bleibende. Beharrliche an einem Daseienden, im Gegensatz zu seinen wechselnden Zuständen, das wahre Sein, das Wirkliche im Gegensatz zum Schein. Daneben hat Wesen auch

die Bedeutung: einzelnes Ding. Das Wesentliche einer Sache ist die Hauptsache, das Ausschlaggebende an ihr.

Metzke im Hanburg der Philosophie gruppiert die Bedeutungen folgendermaßen:

Wesen: I. Allgemeine ursprüngliche Beschaffenheit.

1. Das, wodurch etwas das ist, was es ist (quidditas) zum Unterschied von Dasein, Existenz, und zwar:
 - a. das einen individuellen Gegenstand notwendig Bestimmende und Fundierende, das, was die Wesensdefinition notwendig enthält, im Gegensatz zum Zufälligen, Sekundären, das auch fehlen kann, das notwendig Bestimmende als Einheit an sich genommen.
 - b. Das Bleibende, Beharrende, Konstante.
 - c. Das Allgemeine eines Gegenstandes im Gegensatz zum Individuellen, Einmaligen.
 - d. Das reine Was als ideeller Inbegriff von Wesensbestimmungen, die von der Realität und zufälligen Verwirklichung ablösbar sind (Husserls: "In Idee gesetztes Was").
2. Die individuelle reale Eigenart von etwas, der eigentümliche unableitbare Charakter, der sich Allgemeinbegriffen entzieht.
3. Das Ansichsein im Unterschied zu Erscheinung und Schein als Gegenstand der Metaphysik.
4. Der Kern im Unterschied zur Schale.

II. Einzelwesen (die weiteren Erläuterungen hierzu werden weggelassen, weil sich diese Definition im folgenden als unerheblich für den Zweck der Arbeit erweisen wird).

Schließlich sei noch die Darstellung aus dem "Wörterbuch der Philosophischen Begriffe" von Rudolf Eisler wiedergegeben:

Wesen (..., essentia) ist

1. ontologisch das, was das Selbstsein, die eigentste konstante Natur eines Dinges konstituiert,

zum Unterschiede von dessen raumzeitlich bedingtem veränderlichen Dasein.

Das Wesen einer Sache ist logisch das, worauf es für die Zwecke des reinen Denkens und Erkennens ankommt, was man im Begriffe der Sache festlegen, betonen will, muß. Das Wesen wird durch methodische Urteile gesetzt, konstatiert, im Begriff wird es erfaßt, bestimmt. Das Wesen ist das objektive Korrelat des (wissenschaftlichen) Begriffs. Wegen der Relativität und Unabgeschlossenheit der Erkenntnis ist uns das Wesen der Außendinge nur relativ-partiell, nicht absolut-total zugänglich.

Durch Verarbeitung des Erfahrungsstoffes wird das Wesen der Dinge im wissenschaftlichen Prozeß erstellt. Von dem logischen und empirisch-phänomenalen Wesen ist das metaphysische Wesen, das An-sich der Dinge zu unterscheiden.

Wesen ist

2. die Einzelsubstanz, das Einzelding, das Subjekt.

Wesentlich: Zum Wesen gehörig, eine Sache konstituierend, deren Begriff ausmachend, von ihr untrennbar.

b) Auf weitere Zitate soll hier verzichtet werden, ebenso auf eine philosophische Vertiefung der einzelnen Bedeutungen. Die Formulierungen und Gruppierungen anderer philosophischer Wörterbücher enthalten nichts grundsätzlich Neues; ein Versuch, die Bedeutungen des Wortes "Wesen" bei den verschiedenen Philosophen und philosophischen Richtungen erschöpfend darzustellen, würde ins Unendliche führen, ohne zur Lösung des juristischen Problems beizutragen. Wichtig ist, daß man sich über die Bedeutungsvielfalt des Wortes, insbesondere über die Unterscheidung von logischem, empirisch-phänomenalem und meta-

physischem Wesensbegriff klar ist.

Die Hauptbedeutungen des Wortes sollen hier noch einmal mit Blickrichtung auf die Interpretation des Art. 19 II zusammengefaßt werden.

Das Wesen ist

1. das Sosein, Selbstsein im Gegensatz zum Dasein, die Natur eines Gegenstandes;
2. das Bleibende, Beharrende einer Sache im Gegensatz zu ihren wechselnden Zuständen;
3. das wirkliche Sein, das An-Sich einer Sache, im Gegensatz zu ihrer Erscheinung, hinter der es gewissermaßen versteckt ist (metaphysischer Wesensbegriff);
4. das, worauf es für die Zwecke des Denkens ankommt, was man im Begriffe einer Sache festhalten will oder muß, das notwendig Bestimmende im Gegensatz zum Zufälligen, die Eigenschaften, die die Eigenart einer Sache oder Gruppe ausmachen (logischer Wesensbegriff);
5. Das von allen Zufälligkeiten der Verwirklichung gereinigte "in Idee gesetzte Was" Husserls;
6. das Allgemeine im Gegensatz zum Individuellen, der Sinngehalt einer ganzen Art oder Gattung;
7. ein, zumeist lebendes oder lebens gedachtes, Einzelwesen.

Dazu kommt die "Wesenheit" (quidditas): Das, was das Wesen eines Gegenstandes ausmacht und unter Umständen wie ein selbständig Seiendes behandelt wird.

Der Begriff "wesentlich" ist dem logischen Wesensbegriff (Nr. 4 der Aufzählung) verwandt: Er umfaßt die Hauptsache, das Ausschlaggebende, das, was den Begriff der Sache ausmacht, von ihr untrennbar ist.

6) a. Unter diesen Definitionen ist der Ausgangspunkt für die Interpretation des Art. 19 II zu suchen. Ohne weiteres auszuschneiden ist zunächst nur die Bedeutung eines Einzelwesens (Nr. 7 der Aufstellung). Unter dem Wesensge-

halt der Grundrechte ist fraglos ein Abstraktum zu verstehen und nicht ein wirkliches oder gedachtes Einzelwesen.

b. Von den übrigen Begriffsbestimmungen läßt sich keine von vornherein ausscheiden. Wenn man aber den Zweck des Art. 19 II und seine Stellung im Verfassungstext berücksichtigt, so deutet viel darauf hin, daß nur der logische Wesensbegriff (Nr. 4 der Aufstellung) und der mit ihm nah verwandte Begriff des "Wesentlichen" für die Interpretation des Art. 19 II verwendbar ist.

In Betracht kämen außer dem logischen vor allem der metaphysische und der phänomenologische Wesensbegriff.

Für den metaphysischen Wesensbegriff könnte sprechen, daß in der modernen Rechtsphilosophie zum Teil von einer "Rückwendung zur Metaphysik" die Rede ist¹⁾. Gegen eine Verwendung dieser Definition bei der Auslegung des Art. 19 II spricht aber, daß es in der praktischen Rechtsanwendung nicht möglich wäre, das An-Sich, das wirkliche Sein eines Grundrechts von seiner Erscheinung zu trennen. Es ist davon auszugehen, daß das Grundgesetz in Art. 19 vor allem einen praktisch wirksamen Schutz für den Grundrechtsträger schaffen will. Die grundsätzliche, philosophische Stellungnahme zur Frage der Menschenrechte ist in Art. 1 und 2 GG enthalten. Für einen praktischen Schutz der Grundrechte ist der metaphysische Wesensbegriff aber nicht verwertbar. Der Versuch, nicht bei den "der Erfahrung gegebenen, sichtbaren und meßbaren Erscheinungen" stehenzubleiben, sondern auch zu einer "Gesamtwirklichkeit" vorzudringen, die das "verborgene und verhüllte Sein erfaßt"²⁾, kann zwar dazu beitragen, das Phänomen "Recht" oder auch die Bedeutung der Grundrechte philosophisch zu klären, er kann aber nicht weiterhelfen, wenn die praktische juristische Frage zu beantworten ist, ob eine bestimmte staatliche Regelung ein Grundrecht "aushöhlt".

1) Vgl. Verdross: Rechtsphilosophie, 4. Abschnitt - Die philosophischen Grundlagen - I und II, S. 185, 188.

2) Verdross a.a.O. 4. Abschnitt - Die philosophischen Grundlagen - III S. 188.

Der gleiche Gesichtspunkt spricht auch gegen den phänomenologischen Wesensbegriff, das "in Idee gesetzte Was" Edmund Husserls. Der Gedanke an Husserls Phänomenologie scheint es gewesen zu sein, der den Bundesgerichtshof zu seiner Ansicht führte, daß die materielle Abgrenzung des Wesensgehalts nur im Wege einer der Praxis nicht zumutbaren "Wesensschau" möglich sei.

"Wesensschau" im Sinne Husserls ist die Erfassung eines dem Bewußtsein gegebenen Gegenstandes, die in keiner Weise ein (naturwissenschaftliches) Dasein setzt. Durch "Wesensschauung" kann der Mensch etwa das Wesen "Farbe" oder das Wesen "Wahrnehmung" zu voller Klarheit, zu voller Gegebenheit bringen¹⁾. Die Methoden der Phänomenologie können hier im einzelnen nicht dargestellt werden. Festzuhalten ist, daß es sich um einen Akt der Intuition handelt²⁾, allerdings nicht im psychologisch-empirischen Sinne. Sein Gegenstand ist nicht der bewußtseinsjenseitige Gegenstand des erkenntnistheoretischen Realismus, sondern der im Bewußtsein gemeinte "intentionale Gegenstand"³⁾.

Es ist von verschiedenen rechtsphilosophischen Autoren versucht worden, die Methoden der Phänomenologie auf das Recht anzuwenden. Während Felix Kaufmann und Schreier das Recht selbst und bestimmte Grundstrukturen des Rechtsdenkens phänomenologisch betrachten⁴⁾, hat

1) Ziehen, Lehrbuch der Logik, I. Teil^o 2. Kap. § 45 S. 184.

2) Ziehen a.a.O.; vgl. auch den Aufsatz von E. Husserl im Philosophen-Lexikon von Ziegenfuß unter "Husserl", insbesondere a. S. 572.

3) Vgl. Larenz, Rechtsphilosophie, 1. Teil 2. Kapitel I, S. 51 f.

4) Schreier in "Grundbegriffe und Grundformen des Rechts", II. Teil, S. 93 ff. untersucht Begriffe wie den Tatbestand, Leistung und Sanktion und Staat; Felix Kaufmann in "Logik und Rechtswissenschaft" untersucht "das Verhalten als juristisches Element" (Zweiter Teil III S. 63 ff.), "den Rechtssatz" (zweiter Teil V S. 89 ff.), "das subjektive Recht" (zweiter Teil VII, S. 108 ff.), die juristische Beiordnung und Unterordnung, Akzessorietät und Subsidiarität, Konkurrenz und Unvereinbarkeit von Tatbeständen (Zweiter Teil IX, S. 132 ff.).

Reinach versucht, einige Rechtsgebilde, wie das Eigentum¹⁾ und das Versprechen²⁾, phänomenologisch zu klären.

Es ist aber nicht anzunehmen, daß die Verfassung der Rechtswissenschaft die Aufgabe stellen wollte, diese Methode auf die Grundrechte anzuwenden. Einmal spricht dagegen, daß die Möglichkeiten und Methoden einer phänomenologischen Rechtslehre auch in der Rechtsphilosophie umstritten sind³⁾. Die Verfassung will aber, wie oben erwähnt, in Art. 19 II vor allem einen praktisch wirksamen Schutz des Grundrechtsträgers schaffen. Es ist nicht anzunehmen, daß sie dabei auf eine verhältnismäßig junge philosophische Denkmethode verweisen will, die sich in der Jurisprudenz jedenfalls zur Zeit noch nicht eindeutig durchgesetzt hat. Zum anderen betrifft die phänomenologische Betrachtung, wie insbesondere Reinach betont hat⁴⁾, nicht das rechtstatsächliche Gelten einer Norm. Das phänomenologische Wesen eines Rechtsgebildes kann die Staatsgewalt gar nicht antasten, denn als "intentionaler Gegenstand" des Erkenntnisaktes bleibt es bestehen, auch wenn das positive Recht von ihm abweicht oder es in sein Gegenteil verkehrt⁵⁾. Art. 19 II hat aber gerade den Zweck, den Grundrechten einen bestimmten Bereich tatsächlicher Geltung unbedingt zu sichern und zu verhindern, daß sie unter Ausnutzung eines Vorbehaltssatzes in ihr Gegenteil verkehrt werden⁶⁾.

c. Wortlaut und Zweck des Art. 19 II sprechen dagegen für den logischen Wesensbegriff.

1) Zur Phänomenologie des Rechts, 1.Kap. - Das Versprechen als Grundlage von Anspruch und Verbindlichkeit - S. 54 ff.

2) Zur Phänomenologie des Rechts, 3.Kap. - Rechte und Verbindlichkeiten. Das Eigentum - S. 87 ff.

3) Vgl. die Kritik bei Larenz, Rechtsphilosophie, 1.Teil, 2.Kapitel I S. 51 ff. und bei Verdross 3.Abschnitt - Die Phänomenologische Rechtslehre - XX VI (S. 180).

4) Reinach a.a.O. Einleitung, S.17.

5) Reinach a.a.O. Einleitung, S.17.

6) Vgl. 3. Teil I C 3-5 dieser Arbeit (S. 34-36).

Der Verfassungsgeber wollte die Grundrechte vor einer "Aushöhlung" schützen, das heißt, er wollte verhindern, daß das in jedem Grundrecht festgelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis unter Ausnutzung einer staatlichen Eingriffsmöglichkeit umgekehrt wird. Nachdem er aus diesem Grunde schon die einzelnen Vorbehaltssätze, soweit es ihm möglich schien, konkretisierend beschränkte, bestimmt er - um alle Lücken zu schließen -, daß in jedem Fall der Wesensgehalt des Grundrechts bestehen bleiben muß. Es liegt nahe, daß damit sein wesentlicher Gehalt gemeint ist: also das notwendig Bestimmende eines jeden Grundrechts, das, was man in seinem Begriff festlegen will oder muß, das Ausschlaggebende an ihm, die Hauptsache. Hierfür spricht auch, daß die Logik vor allen anderen philosophischen Disziplinen einen festen Platz unter den Methoden der juristischen Interpretation hat.

7) a. Es fragt sich nun, ob man den (logisch aufgefaßten) Wesensgehalt der Grundrechte im Wege einer juristischen Interpretation ermitteln kann. Durch die Entscheidung für den logischen Wesensbegriff ist zwar die Schwierigkeit einer metaphysischen oder phänomenologischen Betrachtung der Grundrechte vermieden. Damit steht aber noch nicht fest, ob es mit den zulässigen Interpretationsmitteln möglich ist, das notwendig Bestimmende eines Grundrechts, das Ausschlaggebende an ihm von dem Zufälligen zu trennen, oder ob dies nur im Wege einer - der Juristerei unzumutbaren - Wesensschau möglich wäre.

b. α) Die Bedeutung, die das Wort "Wesensschau" in der Phänomenologie E. Husserls hat, wurde bereits oben dargestellt¹⁾. Der Gedanke, daß der Wesensgehalt der Grundrechte im Wege einer phänomenologischen Wesensschau zu ermitteln sei, ist schon an dieser Stelle durch Entscheidung für den logischen Wesensbegriff abgelehnt worden.

1) Vgl. 3. Teil III A 6b der Arbeit, S. 54 ff.

ß) Wesensschau im Sinne der allgemeinen Logik und Erkenntnislehre ist jede abstrakt-unmittelbare Erkenntnis.

Die menschlichen Urteile werden nach dem Seinsmodus ihrer Objekte in zwei Gruppen eingeteilt: die konkreten und die abstrakten Erkenntnisse. Zum konkreten Erkennen gehört alles Erfahren bestimmter Sachverhalte. Das abstrakte Erkennen erstreckt sich auf die abstrakten Objekte im engeren Sinne (wie sie in der Mathematik und der Logik erscheinen) und auch auf die sogenannten generellen Objekte und Sachverhalte. So ist jede Erkenntnis von Gesetzmäßigkeiten eine abstrakte Erkenntnis¹⁾.

Daneben werden nach der Art der Erkenntnisquellen unmittelbare (intuitive) und abgeleitete (diskursive) Urteile unterschieden²⁾. Sowohl das konkrete als auch das abstrakte Erkennen kann sich als unmittelbares oder mittelbares Erkennen abspielen. Bei der Intuition liegt ein unmittelbarer Einblick in die zu erfassende Gegenständlichkeit vor. Das diskursive Erkennen geht den Weg über andere Gegenstände und benutzt andere bereits vorliegende Erkenntnisse, um daraus Erkenntnisse über den zu erkennenden Sachverhalt zu gewinnen, "... Alles mittelbare Erkennen stellt sich in Form von Folgerungen oder Begründungen dar, mögen diese ihrerseits mittelbar oder unmittelbar sein"³⁾.

Hiernach sind die menschlichen Erkenntnisse in vier Hauptgruppen einzuteilen: die konkret-intuitiven, die konkret-diskursiven, die abstrakt-diskursiven und die abstrakt-intuitiven.

Die letzte Art wird in der Logik und Erkenntnislehre als "Wesensschau" bezeichnet: "Das unmittelbare abstrakte Erkennen fußt auf einem Einblick in einen generellen Sachverhalt, auf einer sogenannten "Wesensschau", bei der ein konkreter Sachverhalt gleichen

1) Honecker, Leitfaden der Logik, § 40 a S. 169.

2) Honecker, § 140 c. S.171.

3) Honecker, § 140 c. S.171 f.

Inhalts oder eine illustrierende Darstellung als Anhaltspunkt dienen kann¹⁾.

c. Die Abgrenzung des Wesensgehalts wäre also "Wesensschau", wenn man das Wesentliche an einem Grundrecht nur im Wege intuitiver Erkenntnisse von dem Unwesentlichen trennen könnte. Eine solche Beschränkung auf Intuition würde freilich die juristische Anwendung des Begriffs unmöglich machen; schon weil Intuitionen nicht nachprüfbar sind, sind sie nicht geeignet, juristische Entscheidungen zu tragen.

d. Andererseits darf nicht verkannt werden, daß jede abgeleitete Erkenntnis mittelbar oder unmittelbar auf nicht abgeleitete (also intuitive) Erkenntnisse zurückzuführen ist. Jede Kette von Folgerungen und Ableitungen hat irgendwo ihren Anfang, an dem nicht abgeleitete (axiomatische) Wahrheiten oder auch bloße Annahmen stehen.

Dies gilt auch im Bereich der Jurisprudenz. Jedes juristische Urteil läßt sich, wenn man die Kette der Ableitungen genügend weit zurückverfolgt, auf nicht ableitbare Sätze zurückführen, wie etwa auf die Grundaxiome der Logik oder auf bestimmte Werturteile.

Die Feststellung, daß ein juristisches Urteil nicht auf Intuition aufgebaut werden darf, bedeutet also nicht, daß man im Bereich des Rechts auf jede nicht abgeleitete Erkenntnis verzichten muß oder kann, sie besagt nur, daß der Richter die unableitbaren Voraussetzungen, von denen er ausgeht, nicht willkürlich nach seinem Geschmack oder auf Grund unkontrollierbarer Eingebungen bestimmen darf. Er muß sie aus der Reihe der im Rechtsbereich allgemein anerkannten Grundsätze und Axiome auswählen.

1) Honecker, § 140 c. S. 172 f.

e. Die Bestimmung des Wesensgehalts wäre nur dann eine undurchführbare "Wesensschau", wenn die Interpretation dabei vollkommen auf intuitive Erkenntnisse angewiesen wäre, ohne sich auf rechtlich allgemein anerkannte oder in der Verfassung enthaltene Grundsätze stützen zu können. Es besteht aber bei Zugrundelegung des logischen Wesensbegriffs kein Anhaltspunkt dafür, daß dies bei dem Wesensgehalt der Grundrechte in weiterem Umfang der Fall sein soll als bei der Anwendung irgendeines anderen, nicht ganz eindeutigen Rechtsbegriffs. Solange die Unmöglichkeit nicht feststeht, soll versucht werden, die Aufgabe mit den herkömmlichen Mitteln der juristischen Interpretation zu lösen.

8) a. Es muß also festgestellt werden, was der wesentliche Gehalt eines Grundrechts ist, d.h. das Ausschlaggebende, Entscheidende an ihm, das, was man in seinem Begriff festlegen muß, was seine Definition notwendig enthält.

Da Artikel 19 II nur die einschränkbaren Grundrechte betrifft, können die uneinschränkbaren Grundrechte bei dieser Untersuchung außer Betracht bleiben. Das einschränkbare Grundrecht gewährt dem Grundrechtsträger eine Freiheit, die unter Umständen eingeengt oder aufgehoben werden kann. Die konkrete Grundrechtsfreiheit, d.h. die Möglichkeit, auf einem bestimmten Lebensgebiet zu tun, was man will, besteht also auch im Geltungsbereich eines solchen einschränkbaren Grundrechts nicht immer. Daß diese Freiheit auf jeden Fall erhalten bleiben muß, gehört nicht zu dem Begriff des (einschränkbaren) Grundrechts, ist also nicht sein wesentlicher Gehalt.

b. Der wesentliche Gehalt könnte nun darin bestehen, daß ein quantitativ bestimmbares Maß dieser Freiheit erhalten bleiben muß. Das Bundesverwaltungsgericht und ein Teil der Lehre haben angenommen, daß dem einzelnen auf jeden Fall ein Rest der Grundrechtsfreiheit verbleiben muß, "mit dem er noch etwas anfangen kann"¹⁾. Teilweise

1) Vgl. 2. Teil C 3 a der Arbeit (S.14 f.).

wird auch der Standpunkt vertreten, daß das rechtstatsächlich-personelle Gelten der Norm, also die Anzahl der Rechtsgenossen, die von dem Grundrecht noch Gebrauch machen können, ein bestimmtes Minimum nicht unterschreiten darf¹⁾.

α) Daß das erste nicht der Fall ist, hat Klein nachgewiesen²⁾. Es bestehen in allen Rechtsstaaten Grundrechtseinschränkungen, die das Bestimmungsrecht des einzelnen vollkommen aufheben. Niemand wird ernsthaft behaupten, daß lebenslange Freiheitsstrafen oder die Entziehung des elterlichen Sorgerechts verfassungswidrig seien; diese Beschränkungen lassen aber von der Freiheit des Grundrechtsträgers nichts mehr übrig. Es kann also nicht zu dem Begriff des Grundrechts gehören, daß ein Restbestand dieser Freiheit erhalten bleiben muß.

β) Aber auch das rechtstatsächlich-personelle Gelten kann nicht das Ausschlaggebende an einem Grundrecht sein.

Hiergegen spricht zunächst, daß die (echten) Grundrechte ausgesprochene Individualrechte sind, ihre Sozialwirkungen dagegen, zu denen das rechtstatsächlich-personelle Gelten gehört, Reflexcharakter haben³⁾. Entscheidend an einem Grundrecht ist die Rechtsposition, die es dem einzelnen gegenüber dem Staat verschafft; die Sozialwirkung hat eher accidentellen Charakter.

Abgesehen davon bestehen, ähnlich den Regelungen, die von der Freiheit des einzelnen nichts mehr übrig lassen, auch Grundrechtseinschränkungen, die das rechtstatsächlich-personelle Gelten einer Grundrechtsfreiheit weitgehend oder vollkommen aufheben, ohne daß man an ihrer Zulässigkeit zweifeln könnte.

1) Vgl. 2. Teil C 3 c und e der Arbeit S. 16 ff u. S. 18 f.

2) von Mangoldt-Klein V 2 c zu Art. 19, vgl. 2. Teil I 3 c der Arbeit (S. 8 ff)

3) vgl. 3. Teil II C 1 a der Arbeit (S. 43 f)

So kann eine Maßnahme zur Bekämpfung der Seuchengefahr unter Umständen nur ihren Zweck erfüllen, wenn praktisch alle Grundrechtsträger von der Beschränkung der Freizügigkeit gemäß Art. 11 Abs. II GG betroffen sind. Daraus wird sich nicht die Unzulässigkeit dieser Maßnahme herleiten lassen. Im Kriegsfall kann ein überwiegender Teil wenigstens der männlichen Bevölkerung den Beschränkungen des Art. 17 a unterliegen, die die Grundrechte der Freizügigkeit und der Versammlungsfreiheit vollkommen und das Petitionsrecht weitgehend aufheben.

Aber auch eine Vorschrift, die die Zulassung zu einem Beruf von dem Nachweis bestimmter Kenntnisse abhängig macht, sperrt diesen Beruf für alle, die sich diese Kenntnisse nicht verschaffen können, also u.U. für den ganz überwiegenden Teil aller Grundrechtsträger. Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß diesen ja noch alle anderen Berufe offen stünden, denn grundsätzlich gewährleistet Art. 12 Zugang zu jedem Beruf.

Auf der anderen Seite kann auch in einem grundrechtslosen Staat weitgehende faktische Freiheit gewährt werden. So kann in einem Lande, in dem das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht anerkannt ist, die Berufswahl in der Mehrzahl aller Fälle dem einzelnen überlassen sein. Man kann nicht sagen, daß in diesem Lande die Berufsfreiheit faktisch gewährleistet ist, denn gerade auf die Ausnahmefälle, in denen der Staat ein Interesse an der Berufswahl einer Person hat, kommt es an. Genauso kann eine totalitäre Regierung weitgehende faktische Freizügigkeit gewähren, ohne daß sie das Grundrecht der Freizügigkeit respektiert.

c. Man sieht, daß das Quantum an tatsächlich bestehender Freiheit nicht das Entscheidende an einem Grundrecht sein kann. Sowohl die Freiheit des einzelnen als auch die Anzahl der Individuen, für die die Freiheit noch eine Bedeutung hat, kann im Geltungsbereich eines Grundrechts bis auf Null reduziert werden, während eine grundrechtslose Staatsordnung weitgehende Freiheit gewähren kann. Trotzdem ändern beide Rechtsordnungen ihren

Charakter nicht. Eine bestimmte Menge an Freiheit ist mit dem Begriff eines (einschränkbaren) Grundrechts nicht untrennbar verbunden, der Wesensgehalt der Grundrechte läßt sich also nicht nach quantitativen Gesichtspunkten bestimmen.

d. Das Ausschlaggebende an einem Grundrecht, das, wodurch sich die Rechtsordnung, die ein Grundrecht respektiert, von der Ordnung unterscheidet, die es nicht oder nur theoretisch gewährleistet, muß daher in etwas anderem liegen.

Die grundrechtslose Staatsordnung mag weitgehende Freiheit gewähren, sie bewilligt diese aber immer nur auf Widerruf. Der Staat kann die Freiheit zu jeder Zeit und aus jedem Grunde wieder aufheben. Im Rechtsstaat besteht dagegen auf jedem grundrechtlich gesicherten Gebiet eine Freiheitsgarantie, die nicht entzogen werden kann. Diese Garantie ist das Entscheidende, also das Wesentliche, an dem Grundrecht. Sie besagt freilich nicht, daß dem Grundrechtsträger die volle Grundrechtsfreiheit oder auch nur ein Rest davon verbleiben muß. Daß dies nicht der Fall ist, liegt, wie eben gezeigt wurde, in der Natur der einschränkbaren Grundrechte.

Wird beispielsweise die Freizügigkeit wegen Seuchengefahr aufgehoben, so besteht die Garantie dieses Grundrechts nicht etwa in dem Rest an Bewegungsfreiheit, der noch verbleibt, sondern darin, daß die Sperre wieder aufgehoben werden muß, wenn die Gefahr vorüber ist. Für den Strafgefangenen besteht die Garantie der meisten Grundrechte nicht in den rudimentären Freiheiten, die ihm noch verbleiben, sondern darin, daß die Freiheitsstrafe überhaupt nur unter bestimmten, gesetzlich genau geregelten Voraussetzungen angeordnet werden konnte.

e. Diese Feststellung führt nicht, wie es scheinen könnte, zur "reinen Sozialtheorie" zurück. Richtig an dieser Theorie ist soviel, daß es nicht auf den Rest an konkreter Freiheit ankommt, der dem einzelnen noch verbleibt, sondern auf die Grundrechtsgarantie. Diese ist

aber nicht mit der objektiven Grundrechtsnorm gleichzusetzen. Sie ist nicht nur der Allgemeinheit gegeben, sie steht vielmehr jedem einzelnen als subjektives öffentliches Recht zu. Jeder einzelne hat das Recht, daß seine Freizügigkeit nur beschränkt wird, wenn beispielsweise Seuchengefahr besteht, und daß er nur unter bestimmten, gesetzlich genau festgelegten Voraussetzungen in Haft genommen wird.

B. 1) Die Frage, worin der Garantiegehalt der einzelnen Grundrechte besteht, soll zunächst zurückgestellt werden. Aus der Feststellung, daß der wesentliche Gehalt der Grundrechte die Grundrechtsgarantie ist, läßt sich bereits unmittelbar eine Reihe von Nutzenwendungen für die Interpretation des Art. 19 II ziehen.

Sobald eine staatliche Regelung dazu führt, daß im Bereich eines Grundrechts von einer Garantie überhaupt nicht mehr die Rede sein kann, sobald ein Merkmal wegfällt, das notwendig zum Begriff einer Garantie gehört, ist der Wesensgehalt des betroffenen Grundrechts verletzt, ganz gleich, worin sein spezieller Garantiegehalt bestehen mag.

2) a. Zum Begriff einer Rechtsgarantie gehört zweierlei: daß ein Anspruch durchsetzbar ist, und daß von vornherein fest steht, unter welchen Voraussetzungen er durchgesetzt werden kann. Der Grundrechtsträger muß also in der Lage sein, seine Freiheit, soweit sie keiner zulässigen Beschränkung unterliegt, auch gegen den Willen der Staatsgewalt zu verwirklichen, und er muß im voraus wissen oder wenigstens berechnen können, in welchen Fällen er von seiner Freiheit Gebrauch machen kann und wann er sich der staatlichen Ordnung fügen muß.

b. Eine Regelung, die ein Grundrecht undurchsetzbar macht, verstößt nicht nur gegen Art. 19 Abs. II, sondern auch gegen den in Art. 19 Abs. IV ausgesprochenen Grundsatz, daß alle subjektiv-öffentlichen Rechte im Rechts-

weg verfolgbar sein müssen. Die Verfassungswidrigkeit einer solchen Regelung dürfte sich im allgemeinen schon aus Art. 19 Abs. IV herleiten lassen, ohne daß man auf die Generalklausel des Art. 19 Abs. II zurückzugreifen braucht. Trotzdem ist in der Rechtsprechung gelegentlich Art. 19 Abs. II herangezogen worden, um das Erfordernis einer gerichtlichen Kontrolle zu begründen¹⁾. Notwendig ist dies höchstens in dem - von dem Bundesgerichtshof in Zivilsachen erwähnten - Fall, daß die gerichtliche Durchsetzbarkeit eines Grundrechtsanspruchs zwar nicht aufgehoben, aber in einer dem Sinn des Grundrechts zuwiderlaufenden Weise erschwert wird²⁾.

c. α) Wichtig ist Art. 19 Abs. II dagegen, wenn es eine staatliche Regelung unmöglich macht, die Grenzen der Grundrechtsfreiheit im voraus zu berechnen. Wenn das Grundrecht als Rechtsgarantie bestehen bleiben soll, genügt es nicht, daß der Grundrechtsträger mit einer größeren oder geringeren Erfolgsaussicht versuchen kann, seine Freiheit durchzusetzen. Es muß von vornherein feststehen, wann er im Recht ist und wann seine Freiheit der staatlichen Ordnung weichen muß.

Der Betroffene kann freilich nicht verlangen, daß er tatsächlich weiß oder ohne weiteres feststellen kann, was im Bereich der einzelnen Grundrechte erlaubt ist. Eine solche Forderung würde die Gültigkeit der Gesetze von den Rechtskenntnissen der Betroffenen abhängig machen. Man muß aber fordern, daß die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Grundrechtshandlung im voraus, d.h. zum Zeitpunkt ihrer Vornahme, objektiv feststellbar ist. Ob dies der Fall ist, dürfte nach den Maßstäben eines Durchschnittsjuristen zu beurteilen sein. Wenn der Grundrechtsträger auch durch Konsultation eines juristischen

1) z.B.: OVG Hamburg in VerwRspr. 1951 III, S. 724 ff(736): "Ein Grundrecht, das nicht der gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist, verliert in der Regel seinen Wesensgehalt."

2) BGHZ 5, S. 298.

Beraters nicht mehr feststellen kann, was im Bereich eines Grundrechts verboten und was erlaubt ist, kann von einer Rechtsgarantie in diesem Bereich nicht mehr die Rede sein.

B) Unzulässig sind daher alle rückwirkenden Grundrechtsbeschränkungen¹⁾, d.h. alle Vorschriften, die eine Art der Grundrechtsbetätigung rückwirkend für rechtswidrig erklären. Wenn der Grundrechtsträger damit rechnen muß, daß ihm Grundrechtshandlungen, die zur Zeit ihrer Vornahme keiner Beschränkung unterlagen, später als rechtswidrig zur Last gelegt werden, kann er nie mit Sicherheit feststellen, was im Bereich eines Grundrechts erlaubt und was verboten ist. Die Garantie ist ihm entzogen.

Das Verbot der Rückwirkung ist für Strafvorschriften in Art. 103 Abs. II ausdrücklich festgelegt. Es muß aber aufgrund des Art. 19 II für alle Regelungen gelten, die an eine Grundrechtshandlung die typischen Folgen der Rechtswidrigkeit knüpfen, wie zum Beispiel Schadensersatzpflichten oder Disziplinarstrafen.

Nicht aus Art. 19 Abs. II herleiten läßt sich dagegen ein generelles Verbot rückwirkender Gesetze, und zwar auch dann nicht, wenn in die Grundrechtssphäre eingegriffen wird. Man muß die verfassungswidrige rückwirkende Grundrechtseinschränkung von dem Fall unterscheiden, daß eine in die Zukunft wirkende Rechtsbeschränkung von einem in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt abhängig gemacht wird. Das Letztere ist vor allem bei rückwirkenden Steuergesetzen der Fall. Hier wirkt der Eingriff in die Sphäre des Art. 14 in die Zukunft, die Grenzen der Grundrechtssphäre sind also im voraus erkennbar, auch wenn sie von einem in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt abhängen. Die Verfassungswidrigkeit derartiger Vorschriften läßt sich - soweit überhaupt - nur aus allgemeinen rechtsstaatlichen Gesichtspunkten herleiten²⁾.

Vorschriften, die ein Grundrecht für die Zukunft beschränken, müssen so gefaßt sein, daß

1) s. auch Dürig AÖR 56, S.117 ff. (S.138).

2) Zur Zulässigkeit rückwirkender Gesetze und deren Grenzen vgl. insbes. BVerfG 1 S. 264 (280); 2 S.237 (264) und 3 S.58 (150).

aus ihnen objektiv hervorgeht, was sie verbieten und was in dem Bereich des Grundrechts weiterhin erlaubt ist.

Hieraus folgt zunächst die Verfassungswidrigkeit des grundrechtseinschränkenden Ermessens. Wenn die Grundrechtsfreiheit in jedem Fall von einer völlig ungebundenen Behördenentscheidung abhängt, von der sich im Voraus nicht sagen läßt, wie sie ausfallen wird, sind die Grenzen der Freiheit nicht mehr erkennbar. Die Grundrechtsgarantie ist aufgehoben¹⁾.

Demgegenüber meint Klein, Art. 19 II könne nur die Ermessensgrenze bilden; die Auffassung, daß grundrechtseinschränkendes Behördenermessen schlechthin unzulässig sei, führe zu dem - unhaltbaren - Ergebnis, daß auch die polizeiliche Generalermächtigung gegen die Verfassung verstoße²⁾.

Ob dies richtig ist, soll hier anhand der §§ 14, 41 des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes geprüft werden. Dabei wird davon ausgegangen, daß in den nicht preußischen Gebieten die materielle Rechtslage auf Grund anderer Gesetze oder auf Grund anerkannten Gewohnheitsrechts den §§ 14, 41 PVG entspricht³⁾. In den süddeutschen Ländern wird die Lage dadurch kompliziert, daß zum Teil ausdrückliche gesetzliche Regelungen fehlen und insoweit die Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. I, insbesondere mit Satz 2, problematisch ist⁴⁾. Diese Frage betrifft aber nicht Art. 19 Abs. II und muß hier dahingestellt bleiben.

§ 14 PVG schreibt vor, daß die Polizeibehörden im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen treffen, um von der Allgemeinheit und dem einzelnen Gefahren abzuwenden, durch die

1) So im Ergebnis auch BVerfG 8 S.71 (76); 6 S.32 (43). Ob außer Art. 19 II auch Art. 19 IV verletzt ist, weil Ermessensakte nur beschränkt nachprüfbar sind, so BVerwG 2 S. 114 (116), kann hier dahingestellt bleiben.

2) von Mangoldt-Klein V 6 c zu Art. 19, S.562 f.; vgl. 2.Teil II C 3 b der Arbeit (S. 16)

3) Vgl. Drews-Wacke § 1 6,7

4) Dürig in AÖR Bd. 79 S.77 und § 57 ff; insbes. S.58 Fußn. 3, 4, 5

die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht wird. Voraussetzung für das polizeiliche Eingreifen ist nach § 41 Abs. I PVG, daß die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht ist, und zwar durch eine konkrete Gefahr, die im Einzelfall tatsächlich besteht¹⁾²⁾. Die Entscheidung, ob dies der Fall ist, steht nicht im Ermessen der Behörde. Auch das Recht der Polizei zum einstweiligen Einschreiten im Falle einer sogenannten Scheingefahr ist, wie Drews-Wacke ausführen, nur eine scheinbare Ausnahme von diesem Prinzip. Es gehört nämlich zur öffentlichen Ordnung, daß die Polizei, wenn sie aus einem äußeren Tatbestand bei pflichtgemäßer Prüfung den Eindruck gewinnt, daß ein Geschehen im Ablauf ist, das eine dringende polizeiliche Gefahr in sich schließt, befugt sein muß, das laufende Geschehen solange zu unterbrechen, bis sie feststellen kann, ob eine Gefahr objektiv vorliegt oder nicht³⁾.

Das Gesetz beschränkt die Polizei also auf den Schutz von Sicherheit und Ordnung. Durch diese beiden Begriffe ist die Grenze der Freiheitssphäre mit genügender Klarheit markiert; es sind unbestimmte Rechtsbegriffe, die bei richtiger Auslegung erkennen lassen, was im Bereich eines Grundrechts zulässig und was unzulässig ist⁴⁾.

Steht fest, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet ist, so setzt allerdings das Ermessen der Polizeibehörde ein, und zwar in zwei Punkten.

Sie entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen, ob sie überhaupt eingreifen will; dies hat vor allem die Bedeutung, daß kein Dritter einen Anspruch auf polizeiliches Eingreifen hat⁵⁾. Damit wird der Polizei kein grundrechtseinschränkendes Ermessen eingeräumt, das gegen die hier aufgestellten Forderungen verstieße. Notwendig ist nur, daß die Voraussetzungen, unter denen die Behörde ein-

1) Drews-Wacke § 4 1 S.77 und § 57 II 6 S.112.

2) Hier interessieren natürlich nur die "ungebundenen" Polizeiverfügungen. Soweit die Behörde auf Grund einer Polizeiverordnung tätig wird, ist die Grenze der Freiheitssphäre durch diese Verordnung markiert.

3) Drews-Wacke § 2 IV 14.

4) Vgl. unten e S.

5) Drews-Wacke § 4 2 S.74 f.

greifen darf, fest umrissen sind. Wenn es ihr innerhalb gewisser klar gezogener Grenzen freigestellt ist, ob sie eingreifen will oder nicht, so ist dies unbedenklich.

Bedenklich erscheinen könnte es allerdings, daß die Polizei auch über die Wahl ihres Mittels nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet¹⁾. Sie ist dabei nur an die recht lockere Vorschrift des § 41 Abs. II Satz 2 PVG gebunden, nach der sie tunlichst - und nicht unbedingt - das für den Betroffenen und die Allgemeinheit schonendste Mittel zu wählen hat. Hierin könnte man ein grundrechtseinschränkendes Ermessen sehen, denn die Behörde kann, wenn Sicherheit oder Ordnung gefährdet ist, nach pflichtgemäßem Ermessen ein Mittel wählen, das empfindlicher in die Grundrechtssphäre eingreift, als es die Gefahr zwingend gebietet. Diese Regelung wird aber durch den Satz 3 des § 41 Abs. II gemildert, der es dem Betroffenen freistellt, ein ebenso wirksames, aber ihm weniger lästiges Mittel anzubieten. Dem Grundrechtsträger wird also nicht jeder Schutz genommen, ihm wird lediglich die Initiative aufgebürdet, wenn die Behörde seine Freiheit mehr beschränken will, als es der Schutz von Sicherheit und Ordnung erfordert.

Die polizeiliche Generalermächtigung verstößt daher nicht gegen das Gebot, daß Grundrechtseinschränkungen nicht in das völlig freie Ermessen der Behörde gestellt werden dürfen.

Im übrigen läßt sich die Nichtigkeit von Gesetzen oft im Wege der normenerhaltenden Interpretation vermeiden, indem man lediglich das grundrechtseinschränkende Ermessen streicht und dem Betroffenen einen Anspruch auf günstige Entscheidung gibt, wenn alle im Gesetz festgelegten Erfordernisse erfüllt sind²⁾.

8) Schließlich dürfen die grundrechtseinschränkenden Begriffe nicht zu unklar sein. Die Grundrechtsgarantie ist aufgehoben, wenn auch ein Fachmann nicht mehr

1) Drews-Wacke § 57 II 5 a (S.108) und b (S.111)

2) BVerwG 2 S.295; zu den Grenzen der "verfassungskonformen Interpretation" vgl. aber BVerfG 8 S.28 ff, insbes. Leitsatz 1 und die Ausführungen auf S. 33 f.

feststellen kann, was im Bereich eines Grundrechts erlaubt und was verboten ist¹⁾.

ε) Das bedeutet freilich nicht, daß in grundrechtsbeschränkenden Gesetzen alle unbestimmten Rechtsbegriffe unzulässig sind. Die Rechtsordnung, die das Bonner Grundgesetz schaffen will, ist nicht wertfrei. Es muß also die Möglichkeit verbleiben, auch die Grundrechte durch wertende Begriffe zu beschränken, die sich einer rein mechanischen Auslegung entziehen. Solche Begriffe sind auch im Grundgesetz selbst zu finden, zu ihnen gehört beispielsweise das "Sittengesetz" in Art. 2 Abs.I Satz 2 und das "Versagen der Eltern" in Art. 6 Abs. III.

Ein Verstoß gegen Art. 19 Abs.II wird aber immer dann anzunehmen sein, wenn der Rechtsbegriff keinen objektiven Bewertungsmaßstab enthält und lediglich auf das subjektive Empfinden der entscheidenden Instanz abstellt. Ist ein objektiver Bewertungsmaßstab gegeben, wie etwa bei den Begriffen "Sicherheit" und "Ordnung" des Polizeirechts, so genügt es, wenn feststellbar ist, wo die Grenzen der Freiheit bei richtiger Anwendung dieser Maßstäbe verlaufen. Die Tatsache, daß solche Begriffe bei unscharfer Interpretation den Garantiegehalt eines Grundrechts bedrohen können, besagt nicht, daß das Gesetz verfassungswidrig, sondern lediglich, daß eine solche Interpretation unzulässig ist.

Im übrigen wird man bei der Prüfung der unbestimmten Rechtsbegriffe auch das zu regelnde Lebensverhältnis berücksichtigen müssen. Art. 19 Abs.II enthält einen Befehl an die Staatsgewalt, bei Grundrechtseinschränkungen jede Unklarheit zu vermeiden. Manche Lebensverhältnisse, die einer staatlichen Regelung bedürfen, erfordern es aber, daß den zuständigen staatlichen Instanzen ein gewisser Bewertungsspielraum verbleibt²⁾.

1) Zu dem Erfordernis der Normenklarheit vgl. BVerfG 5 S.25 (31; 33 f) und 6 S.32 (42).

2) Hieraus erklärt sich auch, daß der verhältnismäßig weite Spielraum, der den Polizeibehörden, insbesondere bei der Wahl ihrer Mittel, gegeben ist, nicht gegen Art.19 II verstößt. Das betroffene Lebensverhältnis, die Auf-

Unzulässig ist jeder Versuch, durch absichtlich unklare Fassung der Gesetze die bürgerliche Freiheitssphäre zu beeinträchtigen¹⁾. Rechtsnormen, die ohne grundrechtsfeindliche Tendenz ergangen sind, verstoßen gegen Art. 19 II, wenn sie vermeidbare Unklarheiten enthalten, oder wenn die Unklarheit so groß ist, daß auch bei vernünftiger Interpretation nicht vorausgesehen werden kann, wie sich die Norm im Einzelfall auswirken wird.

Mit besonderer Schärfe muß man das Erfordernis der Gesetzesklarheit auf Strafvorschriften anwenden, weil es hier um eine besonders weitgehende (bzw. vollkommene) Aufhebung der Grundrechte eines Individuums geht, der auf der anderen Seite ein vorwiegend ideelles Interesse der Gesellschaft gegenübersteht. Hier müssen die Voraussetzungen, unter denen die Bestrafung zulässig ist, klar umrissen sein und jeder Zweifel zugunsten des Betroffenen gehen. Art. 19 II deckt also auch verschiedene Grundsätze des Strafprozesses und Strafrechts, deren Verfassungscharakter meistens nur aus allgemeinen rechtsstaatlichen Gesichtspunkten hergeleitet wurde, beispielsweise die strenge Tatbestandlichkeit der Strafgesetze und die enge Auslegung der Straftatbestände.

C. 1) Aus der Feststellung, daß im Bereich eines jeden Grundrechts überhaupt eine Rechtsgarantie bestehen muß, folgen also schon verschiedene Gebote, die die grundrechtsbeschränkende Staatsgewalt beachten muß. Diese allein ergeben aber noch keinen lückenlosen Schutz der Grundrechte. Sie liegen ausschließlich in dem Bereich der "formellen Gesichtspunkte"²⁾ : Wenn von einer Grundrechtsga-

Fortsetzung der Anm. 2 von Seite 70:

rechterhaltung von Sicherheit und Ordnung, erfordert eine gewisse Handlungsfreiheit der zuständigen Behörden. Vgl. oben S. 67 ff.

- 1) Hierunter fallen z.B. strafrechtliche Begriffe wie "Heimtücke" und "Boykotthetze". Ein Gesetz, das vermeidbare Unklarheiten enthält, verstößt gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (vgl. unten C 4 d), weil es die Grundrechtssphäre mehr als nötig beeinträchtigt.
- 2) Vgl. 2. Teil II C 3 b der Arbeit (S. 15)

rantie überhaupt noch die Rede sein soll, müssen die grundrechtsbeschränkenden Regelungen bestimmten Formen, beispielsweise dem Erfordernis der Gesetzesklarheit, genügen.

Damit ist aber über den materiellen Inhalt der Grundrechtsgarantien noch nichts gesagt; man weiß zwar, daß die Garantie nicht angetastet werden darf, weiß aber nicht, worin sie besteht. Man kann zwar eine klare Grenzziehung zwischen staatlicher Ordnungssphäre und individueller Freiheitssphäre verlangen, kann aber noch nicht verhindern, daß der Staat seine Ordnungssphäre beliebig weit ausdehnt, wenn er die Grenze nur scharf genug zieht.

Wenn Art. 19 II seinen verfassungspolitischen Zweck erfüllen und die Umkehrung des grundrechtlichen Regel-Ausnahme-Verhältnisses verhindern soll, muß man aber bestimmen können, worin der Garantiegehalt der einzelnen Grundrechte besteht.

2) a. Daß quantitative Gesichtspunkte dabei nicht den Ausschlag geben können, ist bereits festgestellt worden¹⁾. Der Garantiegehalt des Art. 11 besteht beispielsweise für den Strafgefangenen nicht darin, daß ihm noch ein Rest an Bewegungsfreiheit verbleiben muß, sondern darin, daß die Freiheitsstrafe nur unter gesetzlich genau geregelten Voraussetzungen angeordnet werden durfte. Im Falle einer Seuchengefahr kommt es nicht darauf an, daß sich ein bestimmter Prozentsatz aller Grundrechtsträger weiterhin frei bewegen kann, sondern darauf, daß die Freizügigkeit in vollem Umfange wieder hergestellt werden muß, wenn die Gefahr vorüber ist.

Die einschränkbaren Grundrechte garantieren also nicht für jeden Fall einen Restbestand an Freiheit; auf der anderen Seite garantieren sie viel mehr als nur einen Restbestand: nämlich die volle Grundrechtsfreiheit, soweit nicht die rechtlichen Voraussetzungen einer Freiheitsbeschränkung bestehen.

1) Vgl. 3. Teil III A 8 b der Arbeit (S. 60 f.)

b. Damit steht endgültig fest, daß die materielle Abgrenzung des Wesensgehalts der Rechtswissenschaft zugemutet werden kann. Wenn es darum ginge, einen Restbestand zu ermitteln, der in jedem Fall erhalten bleiben muß, könnte man bezweifeln, ob dies mit den Mitteln der juristischen Interpretation möglich ist. Was die Grundrechte in ihrem wesentlichen, also maßgeblichen, ausschlaggebenden Gehalt garantieren, unter welchen Voraussetzungen der Staat zur Freiheitsbeschränkung befugt ist und wann die Freiheit wieder hergestellt werden muß, kann im Wege der Auslegung festgestellt werden, ohne daß es einer "Wesensschau" bedarf. Nur darf die Interpretation dabei nicht ausschließlich am Wortlaut der Grundrechtssätze haften, denn Art. 19 II soll ja gerade eine Lücke schließen, die der Text des Grundrechtskatalogs enthält¹⁾. Bei der Ermittlung des materiellen Garantiegehalts muß man an die Ratio der Grundrechtsnormen anknüpfen²⁾. Soweit Art. 19 II den materiellen Garantiegehalt betrifft, enthält er einen Befehl zur sinngemäßen Interpretation der Grundrechte. Die Rechtsprechung wird ermächtigt und verpflichtet, nicht nur festzustellen, ob eine Grundrechtsbeschränkung formell von einem Vorbehaltssatz gedeckt wird, sondern auch zu prüfen, ob sie nicht dem Sinn des Grundrechts zuwiderläuft.

c. Diese Feststellung erscheint zunächst in doppelter Hinsicht unbefriedigend. Einmal scheint Art. 19 II eine Selbstverständlichkeit zu normieren, denn bei der Auslegung einer Rechtsnorm muß deren Sinn immer berücksichtigt werden; zum anderen scheint die Schwierigkeit, die die Abgrenzung des materiellen Wesensgehalts macht, nicht

- 1) Das "Zuviel" an Freiheit wird durch ein "Zuviel" an staatlicher Eingriffsmacht ausgeglichen. Vgl. 3. Teil I C 2 der Arbeit (S. 33).
- 2) Ähnlich Wernicke in BK II 2 a zu Art. 19, der von dem speziellen Zweck der einzelnen Grundrechte" spricht.

beseitigt zu sein.

Auf den ersten Einwand läßt sich entgegen-
nehmen, daß im Bereich des Verfassungsrechts manches aus-
drücklich gesagt werden muß, was sich in anderen Rechts-
gebieten von selbst versteht. Eine Verfassung ist nicht
von Juristen für Juristen, sondern von Politikern für
Staatsbürger geschaffen; sie ist nicht nur Gesetz, sondern
zugleich politisches Manifest.

Art. 19 II erklärt sich aus der verfassungs-
geschichtlichen Situation Nachkriegs-Deutschlands. Anlaß
zu seiner Aufnahme waren sowohl die Erfahrungen der unmit-
telbaren Vergangenheit als auch die in der Weimarer Repu-
blik bestehende Tendenz, die Grundrechte als bloße Pro-
grammsätze aufzufassen. Um jedes Wiederaufleben solcher
Bestrebungen zu verhindern, wird dem Richter die sinnge-
mäßige Interpretation der Grundrechte, zu der er an sich
ohnehin verpflichtet ist, durch einen Verfassungssatz
ausdrücklich befohlen.

Was den zweiten Einwand betrifft, so ist
schon viel damit gewonnen, daß man die Schwierigkeiten,
die die Anwendung des Art. 19 II bereitet, aus dem Bereich
einer "Wesensschau", die der Jurisprudenz nicht zuzumu-
ten wäre, in den Bereich einer sinngemäßen Interpretation
verlagert hat, die zu den herkömmlichen Aufgaben der
Rechtswissenschaft gehört. Welche Mittel zur Bewältigung
dieser Aufgabe zur Verfügung stehen, soll anschließend
untersucht werden.

3) Es fragt sich zunächst, ob es möglich ist,
den Sinn der verschiedenen Grundrechtsnormen auf einen
Generalnenner zu bringen, der als "griffige" Formel für
die Anwendung des Art. 19 II verwendbar wäre.

a. Dies hat Dürig versucht¹⁾, der den Sinn
aller Grundrechte auf den Grundsatz von der Menschenwürde
(Art. 1 Abs. I) zurückführen will. Dadurch kann er einen
einheitlichen und in seinem Inhalt durchaus zutreffenden

1) Dürig AÖR 56 S.117 ff.; vgl. 2.Teil C 3 f der Arbeit
(S. 21).

Satz über den Wesensgehalt der Grundrechte aufstellen: Die Menschenwürde soll angetastet und Art. 19 II verletzt sein, wenn im Bereich eines Grundrechts der Grundrechtsträger dem staatlichen Handeln als Objekt ausgeliefert ist.

Es erscheint mir aber fraglich, ob die Formel Dürigs den Garantiegehalt aller Grundrechte umfaßt. Was Dürig formuliert hat, ist m.E. der Wesensgehalt¹⁾ des Art. 1 Abs. I GG. Der Mensch darf dem Staat nie als Objekt ausgeliefert werden. Dies gilt nicht nur für den Bereich der verschiedenen Einzelgrundrechte, sondern auch in dem Gebiet, in dem mangels spezieller Grundrechtssätze nur Art. 1 zur Anwendung kommt. Der Garantiegehalt der Einzelgrundrechte, die zum Teil einen ganz anderen rechts- und geistesgeschichtlichen Hintergrund haben als der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, kann weit über die Forderung des Art. 1 hinausgehen. Dürig zieht aus seiner Formel auch Folgerungen, die sich jedenfalls nicht ohne weiteres aus ihr ergeben: beispielsweise wenn er ausführt, daß der einzelne bei Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dem staatlichen Handeln als Objekt ausgeliefert sei²⁾.

b. Man wird bei der Vielfalt der Grundrechte und Einschränkungsmöglichkeiten darauf verzichten müssen, eine einheitliche, "griffige" Formel für die materielle Abgrenzung des Wesensgehalts zu finden. Hier soll lediglich versucht werden, die Methode zu umschreiben, nach der die (sinngemäße) Interpretation bei der Ermittlung des materiellen Garantiegehalts vorgehen muß.

4) a. Die Interpretation, die nach dem Sinn eines Grundrechts fragt, um seinen Garantiegehalt zu ermitteln, kann sich nicht auf den eigentlichen Grundrechtssatz be-

1) Da das Grundrecht der Menschenwürde uneinschränkbar ist, fallen hier Inhalt und Wesensgehalt zusammen.

2) Dürig AÖR 56 S.117 ff (S.146)

schränken. Dieser enthält das "Zuviel" an Freiheit, das die Verfassung dem Grundrechtsträger gar nicht gewähren will. Was sie ihm garantieren will, kann man nur ermitteln, wenn man auch den Vorbehaltssatz berücksichtigt, der dieses "Zuviel" ausgleicht. Schließlich dürfen diese beiden Sätze nicht isoliert betrachtet werden: Welches Maß an Freiheit dem Grundrechtsträger zustehen soll, wird erst klar, wenn man die Grundrechtsfreiheit und die Rechtsgüter, denen sie zu weichen hat, gegeneinander abwägt. Der eigentliche Grundrechtssatz und der Eingriffsvorbehalt bilden zusammen eine Einheit, die Grundrechtsnorm im weiteren Sinne¹⁾. Erst diese gibt Auskunft über den Inhalt der Grundrechtsgarantie.

Die Interpretation hat also drei Anknüpfungspunkte: Den Sinn des eigentlichen Grundrechtssatzes, den Sinn des Vorbehaltssatzes und das Verhältnis, in dem diese beiden Teile der Grundrechtsnorm zueinander stehen.

b. Über den Sinn des eigentlichen Grundrechtssatzes wird sich oft am schwersten etwas aussagen lassen. Die Auslegung kann versuchen, aus dem Wortlaut der Norm auf ihren Sinn zu schließen. Sie kann die Motive des BGG heranziehen und auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung des betreffenden Grundrechts zurückgreifen.

Die Interpretation ist auch nicht auf eine isolierte Betrachtung einzelner Verfassungsnormen beschränkt. Sie muß auch berücksichtigen, was im Rahmen der Rechtsordnung liegt, die das Grundgesetz nach seiner Gesamttenzend schaffen will. Es wird kaum der Sinn eines Grundrechts sein, Einrichtungen (beispielsweise im Strafvollzug) zu verbieten, die in allen Rechtsstaaten üblich sind.

Schließlich kann auch die soziale Funktion der Grundrechte berücksichtigt werden. Dabei ist aber zu

1) Dies gilt auch für den Fall, daß Grundrechtssatz und Vorbehaltssatz äußerlich getrennt sind. Den Garantiegehalt der Art. 5 u. 8 kann man beispielsweise nur ermitteln, wenn man die Beschränkungsmöglichkeit des Art. 17 a berücksichtigt.

beachten, daß das Wesentliche an einem (echten) Grundrecht die Stellung ist, die es dem einzelnen Grundrechtsträger verschafft. Die Rolle, die es im Sozialleben spielt oder spielen soll, ist nur erheblich, soweit sie Rückschlüsse auf diese wesentliche Bedeutung zuläßt.

c. Die soziale Funktion steht dagegen im Vordergrund, wenn man den Sinn der Vorbehaltssätze ermitteln will. Die Möglichkeit, in Grundrechte einzugreifen, ist dem Staat nicht um ihrer selbst willen gegeben, sie soll ihm nur die Erfüllung der sozialen Aufgaben ermöglichen, die ihm von der Verfassung ausdrücklich oder stillschweigend zugedacht sind. Darüber hinaus rechtfertigt nicht jede zulässige staatliche Tätigkeit die Einschränkung eines jeden Grundrechts. Manche Eingriffsmöglichkeiten sind dem Staat nur zur Erfüllung einer ganz bestimmten sozialen Aufgabe gegeben.

Diese Festlegung auf einen bestimmten Zweck ist zum Teil in den Vorbehaltssätzen ausdrücklich ausgesprochen. Insoweit braucht nicht auf Art. 19 II zurückgegriffen zu werden. Aber auch wo eine ausdrückliche Beschränkung fehlt, ist der Eingriffsvorbehalt nicht zweckfrei.

Die Interpretation muß zunächst prüfen, ob der Anlaß einer grundrechtsbeschränkenden Regelung überhaupt ein legitimer Grund für Grundrechtsbeschränkungen ist. Hierbei werden vor allem auch die fundamentalen Verfassungssätze und die Grundentscheidungen der Verfassung zu beachten sein, insbesondere die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und die dienende Funktion des Staates.

Es genügt nicht, daß sich die grundrechtsbeschränkende Staatsgewalt einer Verletzung dieser Prinzipien enthält; diese Forderung ist immer an den Staat zu stellen, auch wenn er nicht in Grundrechte eingreift. Sobald er dies tut, werden die Maßstäbe aber strenger: Da die Möglichkeit, Grundrechte zu beschränken, zweckgebunden ist, muß jede Grundrechtsbeschränkung einem sozialen Ziel dienen, dessen Verfolgung für einen Rechtsstaat typisch ist und der dienenden Stellung des Staates entspricht.

Nicht hierher gehören zum Beispiel politische Propaganda und die Förderung bestimmter kultureller Anschauungen. Solche Betätigungen sind einem Rechtsstaat nicht schlechthin verboten, sie dürfen aber nie mit grundrechtsbeschränkenden Mitteln verfolgt werden.

Wenn feststeht, daß eine bestimmte staatliche Zielsetzung generell geeignet ist, Grundrechtseinschränkungen zu rechtfertigen, ist zu prüfen, ob dies für alle (einschränkbaren) Grundrechte oder nur für einen begrenzten Sektor der menschlichen Freiheitssphäre gilt. Soweit sich aus dem Wortlaut der Verfassung hierüber nichts entnehmen läßt, wird man vor allem die im Grundgesetz verankerte Wertordnung heranziehen müssen, um festzustellen, welche Rechtsgüter einer bestimmten Grundrechtsfreiheit weichen müssen und welche ihr übergeordnet sind.

So gibt beispielsweise die wirtschaftspolitische Neutralität des BGG dem Staat die Möglichkeit, planend und lenkend in das Wirtschaftsleben einzugreifen. Dies kann auch mit grundrechtsbeschränkenden Mitteln geschehen. Der Gesetzgeber kann im Rahmen wirtschaftlicher Lenkungsmaßnahmen den Inhalt des Eigentums bestimmen und die Ausübung einzelner Berufe regeln¹⁾. Aus der Wertordnung des Grundgesetzes folgt aber, daß wirtschaftliche Maßnahmen nur in die wirtschaftliche Sphäre des Grundrechtsträgers eingreifen dürfen. Soweit ein Grundrecht die sittliche und geistige Selbstbestimmung des Menschen betrifft oder ihm das Recht gibt, in anderer als wirtschaftlicher Weise auf seine Umwelt einzuwirken, darf es nicht aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen beschränkt werden. Hier kommen nur Einschränkungen in Betracht, die die öffentliche Sicherheit, die Existenz des Staates und die ethischen Grundlagen des menschlichen Zusammenlebens schützen.

d. Wenn in dieser Weise auch Klarheit über den Zweck der Vorbehaltsnorm geschaffen ist, müssen der Sinn des eigentlichen Grundrechtssatzes und der Sinn des Vorbe-

1) BVerfG vom 11.6.1958 in NJW 58, S.1038 ff.

halts gegeneinander abgewogen werden. Grundlage dieser Abwägung ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Die Grundrechtsfreiheit ist an keinen sozialen Zweck gebunden, sie ist vorstaatlich und dem Individuum um seiner selbst willen gegeben. Der Eingriffsvorbehalt soll dagegen lediglich dem Staat die Erfüllung seiner sozialen Aufgaben ermöglichen. Er ist zweckbeschränkt.

Daraus folgt, daß die Grundrechtsfreiheit nicht mehr beeinträchtigt werden darf, als es der Zweck, dem die Einschränkung dient, zwingend gebietet. Zweckbeschränkung bedeutet nicht nur, daß der Staat auf bestimmte Ziele festgelegt ist, sie begrenzt auch seine Mittel auf das, was für die Verfolgung dieser Ziele notwendig und angemessen ist.

Zu einer Relativierung des Wesensgehalts führt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur, wenn man ihn isoliert betrachtet. Nur wenn man übersieht, daß die grundrechtsbeschränkende Staatsgewalt auf bestimmte Aufgaben beschränkt ist, kann man den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz so auslegen, daß "die Gesetzgebung jeden Zweck verfolgen kann, wenn sie es nur mit ökonomischen Mitteln tut". Der Wesensgehalt eines Grundrechts ist eine absolute Größe, aber seinen Umfang kann man nur ermitteln, indem man Grundrechtssatz und Vorbehaltssatz gegeneinander abwägt. Dies ist aber nur nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz möglich.

Dieses Prinzip besagt nicht nur, daß das jeweils schonendste Mittel für einen bestimmten Zweck eingesetzt werden muß, es fordert auch, daß das nach rechtsstaatlicher Auffassung richtige Mittel angewendet wird. Welches Mittel "richtig" ist, läßt sich generell schwer bestimmen; die Rechtsprechung wird hier auf die Tradition rechtsstaatlicher Verwaltung und Rechtsetzung zurückgreifen müssen. Beispielsweise wäre die Bekämpfung von Spielautomaten, soweit diese eine Gefährdung der Jugend darstellen, ein legitimes Motiv für Grundrechtsbeschränkungen. Der Staat darf aber nicht versuchen, diese Automaten durch eine Sondersteuer unlukrativ zu machen.

Das wäre nicht das rechtsstaatlich angemessene Mittel, obgleich es vielleicht schonender wäre als andere Maßnahmen, die sich ohne eine solche Steuer als notwendig erweisen.

e. Diese Methoden sind nichts grundsätzlich Neues, sie sind zum großen Teil bereits von der Rechtsprechung entwickelt worden, wobei Art. 19 II aber relativ selten zitiert worden ist. Das liegt daran, daß die materielle Abgrenzung des Wesensgehalts letzten Endes nichts anderes ist als eine sinngemäße Interpretation der Grundrechte. Diese wird als selbstverständlich angesehen; auf der anderen Seite herrscht die Vorstellung, daß es sich bei dem Wesensgehalt der Grundrechte um einen Restbestand handelt, der auf jeden Fall erhalten bleiben müsse.

Besonders hervorzuheben ist die Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Bedürfnisprüfung¹⁾. Das Bundesverfassungsgericht lehnt hier die Theorien des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen zu Art. 19 II in einer Randbemerkung ab²⁾. Im übrigen läßt es die Frage, wie der Wesensgehalt der Grundrechte zu definieren sei, ausdrücklich offen und führt aus, daß die Grenzen der staatlichen Regelungsbefugnis aus Art. 12 Abs.I Satz 2 schon aus Art. 12 direkt hervorgingen, wenn die Interpretation dem Sinn des Grundrechts und seiner Bedeutung im Sozialleben Rechnung trage³⁾.

Bei der Auslegung des Art. 12 geht das Bundesverfassungsgericht weitgehend nach den Methoden vor, die hier zur materiellen Bestimmung des Wesensgehalts entwickelt worden sind.

Das Bundesverfassungsgericht umreißt zunächst den Sinn des eigentlichen Grundrechtssatzes (Art.12 Abs.I Satz 1), "der seiner Idee nach eng mit der Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit zusammenhängt". Er soll dem einzelnen das Recht geben, jede erlaubte Tätigkeit als Be-

1) v. 11.6.1958 in NJW 58 S.1035 ff = BVerfG 7 S.377 ff.

2) a.a.O. S. 1039

3) a.a.O. S. 1036 und Leitsatz Nr. 4 auf S. 1035.

ruf zu ergreifen, auch wenn sie nicht einem traditionell oder rechtlich fixierten Berufsbild entspricht¹⁾.

Darauf wird die Reichweite des Vorbehaltsatzes (Art. 12 Abs. I Satz 2) untersucht. Das Bundesverfassungsgericht stellt zunächst fest, daß sich die staatliche Regelungsbefugnis auch auf die Berufswahl bezieht, da sich die Begriffe "Wahl" und "Ausübung" nicht in dem Sinne scharf voneinander trennen lassen, daß sich jeder von ihnen auf eine bestimmte Phase bezieht. Aus dem Wortlaut der Vorschrift, nach dem die Wahl des Berufs frei sein solle, die Ausübung aber geregelt werden könne, folgert das Gericht aber, daß die Möglichkeit, in die Berufsfreiheit einzugreifen, dem Gesetzgeber um der Berufsausübung willen gegeben sei; nur unter diesem Gesichtspunkt darf allenfalls auch in die Berufswahl eingegriffen werden. Daher ist das Ermessen des Gesetzgebers im Bereich der Berufswahl stärker beschränkt als im Bereich der Berufsausübung.

Diese Auslegung soll auch den Grundauffassungen des BGG und dem von ihm vorausgesetzten Menschenbild entsprechen²⁾.

Nachdem der Sinn des Grundrechtssatzes und der Vorbehaltsnorm in dieser Weise geklärt sind, werden die beiden Teile des Art. 1 Abs. I unter Zugrundelegung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegeneinander abgewogen. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, daß das Grundrecht die Freiheit des Individuums schützen und der Vorbehalt den ausreichenden Schutz der Gemeinschaftsinteressen sicherstellen soll. Sucht man beiden Forderungen gerecht zu werden, so kann die Lösung nur durch sorgfältige Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen gefunden werden. Aus der Feststellung, daß nach der Gesamtauffassung des GG die freie menschliche Persönlichkeit der oberste Wert ist, folgt für das Verfassungsgericht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Die Freiheit darf nur soweit eingeschränkt werden, als es zum gemeinen

1) a.a.O. S. 1036

2) a.a.O. S. 1037

Wohl unerlässlich ist¹⁾.

Die unterschiedliche Reichweite des Regelungsvorbehalts und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz führen das Gericht zu einer stufenartigen Differenzierung der verschiedenen Eingriffsmöglichkeiten²⁾ :

Am freiesten ist der Gesetzgeber, wenn er reine Ausübungsregeln aufstellt, die auf die Berufswahl nicht zurückgreifen. Hier können auch Motive der Wirtschaftlenkung und Berufsförderung legitimer Anlaß für den Eingriff in die Freiheitssphäre sein.

Die Berufsaufnahme darf nur beschränkt werden, wenn ein übergeordnetes Gemeinschaftsgut, das der Freiheit des einzelnen vorgehen soll, geschützt wird. Dabei ist wiederum zwischen subjektiven und objektiven Bedingungen der Berufsaufnahme zu unterscheiden.

Die Regelung der subjektiven Voraussetzungen soll Teil der rechtlichen Ordnung eines Berufsbildes sein. Sie soll sich aus der Sache heraus legitimieren. Hier gilt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts das Verhältnismäßigkeitsprinzip in dem Sinne, daß die gestellten subjektiven Anforderungen zu dem angestrebten Zweck einer ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen.

Die Aufstellung objektiver Zulassungsbedingungen, deren Erfüllung dem Bewerber schlechthin entzogen ist, wird im allgemeinen nur der Zweck der Abwehr schwerer Gefahren für ein überwiegend wichtiges Gemeinschaftsgut rechtfertigen.

Der Gesetzgeber muß nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Regelung nach Möglichkeit jeweils auf der Stufe vornehmen, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt. Ein Fortschreiten in die nächsthöhere Stufe ist ihm erst erlaubt, wenn mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß eine Regelung in der niedrigeren Stufe den angestrebten (legitimen) Zweck der Regelung nicht erfüllen würde.

1) a.a.O. S. 1037

2) a.a.O. S. 1038

Schließlich stellt das Gericht noch ausdrücklich fest, daß es, soweit eine derartige Stufung von Eingriffsmöglichkeiten besteht, ungeachtet der grundsätzlichen Ermessensfreiheit des Gesetzgebers zur Nachprüfung von Zweckmäßigkeitsfragen befugt ist.

M.E. hat das Bundesverfassungsgericht, obgleich es seine Entscheidung ausdrücklich nicht auf Art. 19 II stützt, hier den materiellen Wesensgehalt des Art. 12 bestimmt. Die Bemerkung, daß seine Interpretation des Art. 12 nicht auf Art. 19 II fuße, gehört nicht zu den tragenden Gründen der Entscheidung. Sie erklärt sich daraus, daß die sinngemäße Interpretation, die Art. 19 II befiehlt, als Selbstverständlichkeit und der Wesensgehalt anscheinend auch als ein Restbestand der Grundrechtsfreiheit angesehen wird.

IV. A. 1) Die rechtstheoretische Bedeutung des Art. 19 II folgt aus dem Vorangegangenen. Sie besteht darin, daß es der einfachen Staatsgewalt verboten wird, den Garantiegehalt eines Grundrechts anzutasten. Worin der Garantiegehalt besteht, ist durch richtige (sinngemäße) Interpretation der Grundrechtsnorm festzustellen.

Dies ist eine Selbstverständlichkeit, wenn man erkannt hat, daß nach dem Willen der Verfassung auch die einschränkbaren Grundrechte nie "leerlaufen" dürfen, und wenn man außerdem die Grundrechtsnormen von sich aus richtig, d.h. sinngemäß, versteht. Daß die Grundrechte nicht leerlaufen dürfen, daß wenigstens das grundrechtliche Regel-Ausnahme-Verhältnis gewahrt werden muß, geht aus der gesamten Formulierung des Grundrechtsabschnittes hervor, insbesondere aus dem Verzicht auf einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt, aus der weitgehenden Beschränkung der speziellen Gesetzesvorbehalte, aus Art. 1 Abs.III und aus den anderen Absätzen des Art. 19. Die sinngemäße Interpretation der Grundrechtssätze sollte sich von selbst verstehen.

Eine Rechtsprechung, die die Gesamttendenz des BGG erfaßt hat und positiv zu ihr steht, könnte also

den Garantiegehalt der Grundrechte auch ohne den ausdrücklichen Befehl des Art. 19 II schützen. Trotzdem ist die Vorschrift nicht überflüssig.

2) Sie macht es einem Staatsorgan, das dem Willen der Verfassung - bewußt oder unbewußt - zuwiderhandelt, unmöglich, sich auf den Wortlaut der Verfassung zu berufen. Sie schafft Klarheit, wo bei einer allzu vorsichtigen Interpretation der Verfassung Zweifel bestehen könnten. Sie schließt alle Lücken im Text des Grundrechtsabschnitts, die einen Richter dazu verleiten könnten, Grundrechtsbeschränkungen ohne weiteres für verfassungsmäßig zu halten, wenn sie nur formell von einem Eingriffsvorbehalt gedeckt werden.

3) Eine staatliche Regelung, die den Wesensgehalt eines Grundrechts antastet, läuft dem Sinn dieses Grundrechts zuwider, verletzt es also unmittelbar. Es handelt sich nicht etwa um eine - an sich rechtmäßige - Grundrechtseinschränkung, die durch Art. 19 II für unzulässig erklärt wird, sondern um eine Verletzung des Grundrechts, die nur nicht in der Form eines offenen Verfassungsbruchs erfolgt, sondern gewissermaßen als rechtmäßige Grundrechtseinschränkung getarnt ist¹⁾. Art. 19 II stellt lediglich fest, daß diese "Tarnung" die Grundrechtsverletzung nicht zulässig macht.

Die Substanzgarantie des Art. 19 II dürfte daher auch für überpositive Grundrechte von Bedeutung sein²⁾. Auch überpositive Rechtssätze können vom Staat verletzt werden, und auch die Verletzung einer solchen Norm kann als scheinbar rechtmäßige Grundrechtsbeschränkung oder als Inhaltsbestimmung grundrechtlicher Begriffe auftreten.

1) Dabei kommt es selbstverständlich nicht darauf an, ob sich das handelnde Staatsorgan bewußt ist, ein Grundrecht zu verletzen.

2) anders Hamann C 6 zu Art. 19 S. 172 f. Vgl. 2. Teil III A 2 b der Arbeit (S. 25).

B. 1) In der Praxis wird Art. 19 II überall aktuell, wo die einfache Staatsgewalt in Grundrechte eingreifen kann. Wenn man Art. 19 II als letzten Satz des Absatz I liest, könnte man meinen, die Substanzgarantie sei auf den Fall beschränkt, daß ein Grundrecht "durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes" eingeschränkt werden kann, betreffe also nur den Gesetzesvorbehalt im engeren Sinne¹⁾. Aber Sinn und Wortlaut der Vorschrift besagen, daß der Wesensgehalt "in keinem Fall" angetastet werden darf. Es kommt nicht darauf an, ob die Verletzung durch ein grundrechtsbeschränkendes Gesetz oder in anderer Weise erfolgt.

2) a. Rechtssätze können den Garantiegehalt eines Grundrechts verletzen, indem sie es auf Grund eines Gesetzesvorbehalts in sinnwidriger Weise einschränken, aber auch, indem sie einen grundrechtlichen Begriff, beispielsweise den Inhalt des Eigentums, falsch bestimmen. Der letzte Fall ist von besonderer Bedeutung, weil sich hier der Gesetzgeber gar nicht bewußt zu sein braucht, überhaupt in ein Grundrecht einzugreifen.

Die Schranke des Art. 19 II gilt auch für vorkonstitutionelle Gesetze. Dies folgt schon daraus, daß ein Gesetz, das den Wesensgehalt eines Grundrechts antastet, dieses Grundrecht selbst verletzt und nicht nur die Schutznorm des Art. 19 II. Gegen die Ansicht Kleins, daß die Wirkung des Art. 19 II nur nachkonstitutionelle Gesetze betreffe²⁾, spricht auch, daß es sich um eine sachliche Schranke der Gesetzgebung handelt und nicht wie bei Art. 19 Abs. I Satz 2 um ein formelles Erfordernis³⁾.

1) Vgl. 3. Teil II A 1 b der Arbeit (S. 38).

2) von Mangoldt-Klein V 8 zu Art. 19.

3) Vgl. von Mangoldt-Klein III 1 vor a zu Art. 19. Das von Klein angeführte BGH-Gutachten in BGHSt 4 S. 383 (377) will nur den Art. 19 Abs. I Satz 2 auf nachkonstitutionelle Gesetze beschränken.

b. Tastet ein Gesetz ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt an, so ist es grundsätzlich verfassungswidrig; die Nichtigkeit läßt sich nur vermeiden, wenn man ihm im Wege der normenerhaltenden Interpretation eine Bedeutung geben kann, die dem Sinn der Grundrechte nicht zuwiderläuft¹⁾. Die Frage, wie weit sich die Rechtsprechung dabei über den Wortlaut und den ursprünglichen Sinn der Vorschrift hinwegsetzen kann, gehört nicht zum Thema dieser Arbeit²⁾.

Es ist aber zu beachten, daß die Voraussehbarkeit der Grundrechtsschranken zum Garantiegehalt der Grundrechte gehört³⁾. Wenn die Freiheit des Grundrechtsträgers davon abhängt, daß die entscheidenden Instanzen einem Gesetz anstelle der naheliegenden verfassungswidrigen Bedeutung eine fernliegende verfassungsmäßige Auslegung geben, kann die Grundrechtsgarantie schon dadurch verletzt sein.

c. Aus dem Gesichtspunkt immanenter Grundrechtsschranken kann sich eine Verletzung des Wesensgehalts nie rechtfertigen. Die Frage, ob der Lehre von den immanenten Grundrechtsschranken überhaupt beizutreten ist, soll hier nicht berührt werden⁴⁾. Zum Teil wird angenommen, daß die Schranken des Art. 2 Abs. I Satz 2 alle Spezialgrundrechte beschränken, da Art. 2 Abs. I das "Muttergrundrecht" sei⁵⁾. Zum anderen wird die Ansicht vertreten, daß jedes Grundrecht auch ohne Beziehung zu Art. 2 sinngemäß die Rechts- und Staatsordnung voraussetze, die es garantiere, und daß die Grundrechte daher nicht in An-

1) Vgl. BVerwG 2 S. 295; siehe auch 3. Teil III B 2 c der Arbeit (S. 69).

2) Zu den Grenzen der verfassungskonformen Interpretation s. BVerfG 8 S. 28

3) Vgl. 3. Teil III B 2 a der Arbeit (S. 64 f).

4) Vgl. 2. Teil III B 1 c der Arbeit (S. 27 f)

5) So z.B. Dürig in AÖR Bd. 79 S. 57 ff, insbesondere S. 59 und These 7 auf S. 80, 81.

spruch genommen werden könnten, um sich gegen eine Vorschrift zu wenden, die für den Bestand dieser Ordnung notwendig sei¹⁾. Beide Theorien nehmen jedenfalls an, daß die Grundrechte bei richtiger (d.h. sinngemäßer) Auslegung bestimmte Arten der Freiheitsbetätigung gar nicht schützen wollten. Der Wesensgehalt umfaßt aber gerade das, was ein Grundrecht seinem Sinn nach unbedingt garantieren will. Im Ergebnis ist also eher Dürig zuzustimmen, wenn er meint, daß die immanenten Grundrechtsschranken gerade dort beginnen können, wo der Wesensgehalt der Grundrechte endet²⁾.

Dies darf aber nicht dazu verleiten, Grundrechtsschranken aus Art. 19 II abzuleiten und einen Eingriff in ein Grundrecht für rechtmäßig zu erklären, weil er es nicht in seinem Wesensgehalt antastet. Art. 19 II dient nur dem Schutz der Grundrechte. Die sinngemäße Interpretation der Grundrechtsnormen, die er befiehlt, kann zwar auch zu einer Einschränkung der individuellen Freiheit führen, in diesem Fall stützt sich die Interpretation aber nicht auf Art. 19 II, sondern auf das allgemeine Gebot der richtigen Auslegung.

3) a. Exekutive und Rechtsprechung können den Wesensgehalt eines Grundrechts zunächst dadurch antasten, daß sie die Grundrechtsnorm selbst falsch auslegen. Hierher gehört das von Klein angeführte Beispiel, daß unter "Lehre" im Sinne des Art. 5 Abs. III nur noch die - nach Ansicht der Behörden - richtige Lehre verstanden wird.

b. Außerdem können die gesetzesanwendenden Zweige der Staatsgewalt eine Rechtsnorm, die auch eine verfassungskonforme Auslegung zuläßt und deshalb verfassungsmäßig ist, in einer Weise anwenden, die dem Sinn eines Grundrechts zuwiderläuft. Wenn das Bundesverfassungs-

1) So das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung seit seiner grundlegenden Entscheidung in Band 2 S.89 ff. Vgl. 2. Teil III B 1 c der Arbeit (S. 27 f).

2) Vgl. 2. Teil III B 1 d der Arbeit (S. 29)

gericht mit bindender Wirkung entschieden hat, daß ein Gesetz verfassungsmäßig ist, kann eine Behörde oder ein Gericht dem Gesetz nunmehr eine verfassungswidrige Bedeutung geben und unter Berufung auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts den Garantiegehalt eines Grundrechts antasten¹⁾. Dies kann im Wege der Verfassungsbeschwerde gerügt werden.

c. Es fragt sich, ob Art. 19 II dem Grundrechtsträger einen Anspruch auf Dispens geben kann, wenn ein an sich gültiges Gesetz, das keinen Dispens vorsieht, im Einzelfall den Wesensgehalt eines Grundrechts anzutasten scheint (etwa durch Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes²⁾). Dies ist m.E. nur möglich, wenn sich eine Dispensmöglichkeit, gegebenenfalls im Wege der normenerhaltenden Interpretation, aus dem Gesetz herleiten läßt. Enthält ein Gesetz dagegen ein eindeutiges Gebot oder Verbot, ohne eine Ausnahme vorzusehen, so ist dies entweder zulässig, weil das von dem Gesetz betroffene Lebensverhältnis eine generalisierende Regelung erfordert, oder das Gesetz verstößt gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Im ersten Fall muß der Betroffene die Generalisierung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie im Einzelfall als unverhältnismäßig erscheint (etwa die Beachtung eines Verkehrszeichens bei vollkommener Verkehrsruhe). Im zweiten Fall ist das Gesetz nichtig, wenn die normenerhaltende Interpretation keine Abhilfe schaffen kann.

4) Zuzustimmen ist schließlich der herrschenden Lehre, daß Art. 19 II nur die einfache Staatsgewalt bindet. Die verfassungsändernde Gewalt ist nur durch die Spezialnorm des Art. 73 Abs. I und durch den überpositiven Charakter mancher Grundrechte beschränkt³⁾.

-
- 1) Dies kann auch dadurch geschehen, daß die Rechtsprechung einen unbestimmten, aber an sich klaren Rechtsbegriff durch extensive Auslegung nachträglich unklar macht und dadurch die Grenzen der Grundrechtsfreiheit verwischt.
- 2) Dürig in AÖR 56 S. 117 ff. (148 f.); vgl. 2. Teil III B 2 b
- 3) Vgl. 2. Teil III B 4 d. Arbeit (S. 30) d. Arbeit (S. 29)

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 14. September 1933 als Sohn des Schriftstellers Georg Zivier in Berlin geboren.

Nach Besuch der Volksschule trat ich im Jahre 1945 in die Walther-Rathenau-Schule in Berlin-Grunewald ein und bestand dort am 23. Februar 1953 die Reifeprüfung.

Im Sommersemester 1953 wurde ich an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin immatrikuliert. Dort studierte ich bis zum Wintersemester 1954/55. Im Sommersemester 1955 studierte ich an der Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn, danach wieder an der Freien Universität Berlin. Am 10. Januar 1957 bestand ich in Berlin die erste juristische Staatsprüfung. In demselben Jahr begann ich in Berlin mit dem juristischen Vorbereitungsdienst.

Im Sommer 1958 ließ ich mich gastweise als Referendar nach Mainz versetzen. Ich setzte hier an der Johannes Gutenberg-Universität mein Studium fort.

In der folgenden Zeit fertigte ich unter der Anleitung von Herrn Professor Dr. Peter Schneider meine Dissertation an. Die mündliche Prüfung bestand ich am 29. Juli 1960

